

Die
Rechtsverhältnisse
bei Geschäften gemischter Art
nach schweizerischem
Obligationenrecht

Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der
Universität Bern

Vorgelegt von
Robert Gugelmann
von Langenthal

Die Rechtsverhältnisse bei Geschäften gemischter Art nach schweizerischem Obligationenrecht

Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der
Universität Bern

Vorgelegt von
Robert Gugelmann
von Langenthal

Die Fakultät hat diese Arbeit am 19. November 1942 auf Antrag von Prof. Dr. Th. Guhl als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.



Meinen lieben Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Vorwort	7
Einleitung	10
I. Abschnitt: Begriff und Vorkommen	11
1. Geschäfte, Abgrenzung	11
2. Gemischte Art der Geschäfte	12
3. Vorkommen	15
II. Abschnitt: Die Bedeutung der Art der Geschäfte und deren Mischung	18
1. Die Bedeutung der Art der Geschäfte im allgemeinen	18
2. Deren Bedeutung in den Verträgen	20
3. Deren Bedeutung im Gesetze	22
4. Die Bedeutung der Art der Verträge und deren Mischung	25
III. Abschnitt: Die Regelung der Rechtsverhältnisse nach der besonderen Natur der Geschäfte	35
1. Die Berücksichtigung der Natur der Geschäfte im allgemeinen	36
2. Die vertragliche Regelung der Rechtsverhältnisse nach der besonderen Natur der Geschäfte	40
3. Die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse nach der besonderen Natur der Geschäfte	49
IV. Abschnitt: Die Rechtsverhältnisse nach der besonderen Natur der Geschäfte gemischter Art	60
1. Die Ermittlung und Festlegung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen	61
2. Der Umfang der einzelnen Leistungen nach deren Zusammengehörigkeit	71
3. Die Rechtsverhältnisse nach der Zusammengehörigkeit als Bindeglied der einzelnen Leistungen	79
4. Die Rechtsverhältnisse nach der Zusammengehörigkeit als Teil der erheblichen Natur der Geschäfte	86
Schlusswort	101

Vorwort.

Bei Geschäften gemischter Art bestehen durch das «sowohl als auch» der Mischung auch gemischte Verhältnisse. Gemischte Verhältnisse zeichnen sich dadurch aus, dass sie einerseits sowohl den einen wie den anderen besonderen Verhältnissen, die zusammen die gemischten Verhältnisse ausmachen, entsprechen, dass sie aber auch andererseits gegenüber den einzelnen besonderen Verhältnissen selber wiederum besondere Verhältnisse darstellen, die als Ganzes betrachtet sich von den einzelnen besonderen Verhältnissen unterscheiden.

Bei mehr formaler Betrachtung der Rechtsverhältnisse ist man in der Regel geneigt, die gemischten Verhältnisse wieder in ihre Bestandteile, in die einzelnen besonderen Verhältnisse zu zerlegen und so die gemischten Verhältnisse als aus den beiden die Mischung herbeiführenden Bestandteilen, den einzelnen besonderen Verhältnissen bestehend zu betrachten und damit das «sowohl als auch» zu betonen. Dagegen wird man oft bei weniger formaler Anschauungsweise die gemischten Verhältnisse als besondere Verhältnisse, als Verhältnisse besonderer Eigenart betrachten, die wohl die Merkmale sowohl der einen wie der anderen einzelnen besonderen Verhältnisse aufweisen, aber als Ganzes doch nur auch wieder neue besondere Verhältnisse, neue Gebilde mit besonderer, nur ihr eigener Eigenart darstellen, wodurch nicht das «sowohl als auch», die Mischung, sondern die Besonderheit der gemischten Verhältnisse als besondere Verhältnisse betont wird.

Diese verschiedene Betrachtungsweise nach den erwähnten beiden Gesichtspunkten führt, wie dargestellt werden wird,

zu ganz verschiedenen Anschauungen über die Rechtsverhältnisse bei Geschäften gemischter Art. Wenn dabei einerseits auf die Ordnung und Einteilung der vertraglichen und der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse zu Geschäften besonders eingegangen werden muss, so ist dies eine Folge gerade der Betrachtung dieser Verhältnisse als gemischte Verhältnisse, während das Eingehen auf die Art und Weise der Auslegung und der Ergänzung der Verträge und des Gesetzes eher durch die Betrachtung der gemischten Verhältnisse als besondere Verhältnisse notwendig ist.

Gemischte Verhältnisse gibt es in sehr verschiedenen Rechtsgebieten. Jedoch bieten gerade diejenigen, die bei Geschäften gemischter Art bestehen, als gemischte Vertragsverhältnisse zu einer Anzahl besonderer Fragen und Betrachtungen Anlass, welche Besonderheiten der Verträge und des Gesetzes, deren Ordnung und Einteilung, sowie deren Auslegung und Ergänzung betreffen. Dies ergibt sich aus der Eigenart der Geschäfte, gekennzeichnet durch die zusammengehörigen Leistungen der Einzelnen einander, woraus sich ja für die Beteiligten meist die Notwendigkeit ergibt, ihre Rechtsverhältnisse zu den einzelnen Geschäften vertraglich zu regeln und für den Gesetzgeber bei seiner gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse auf die mögliche vertragliche Regelung der Rechtsverhältnisse Rücksicht zu nehmen. Dieses Ineinanderspielen und gegenseitige Bezugnehmen der vertraglichen und der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse aufeinander ist gerade für die Rechtsverhältnisse bei Geschäften gemischter Art besonders zu beachten. Dabei sind die vertragliche und die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse scharf nach den verschiedenen mit diesen verfolgten Zwecken voneinander zu trennen und jeder nach diesen ihr angestammtes Gebiet zu belassen.

Dabei seien hier nun aber nicht die Gesichtspunkte hervorgehoben, die für die Betrachtung der Rechtsverhältnisse in Ihrer Ordnung und Einteilung allein von Bedeutung sind, sondern hauptsächlich die, die für die Entscheidung der einzelnen Fälle massgebend sind. Damit gelangt man,

wie noch näher dargestellt werden wird, für die Rechtsverhältnisse bei Geschäften gemischter Art eher von der Betrachtung der Mischung der gemischten Verhältnisse zu der Betrachtung der Besonderheiten der gemischten Verhältnisse als besondere Verhältnisse, als Gebilde eigener, besonderer nur ihr eigener Eigenart. Bei Geschäften gemischter Art sind für die Entscheidung der einzelnen Fälle so meist die vorliegenden Verhältnisse nicht eigentlich so sehr als gemischte Verhältnisse, sondern als besondere Verhältnisse ausschlaggebend.

Die Art und Weise, wie sich bei den einzelnen Fällen die Lösung ergibt, scheint nach den folgenden Ausführungen sehr wenig einfach zu sein. Jedoch ist die Lösung der einzelnen Fälle, wie diese jeweils zur Entscheidung vorliegen, meist aber doch sehr viel einfacher als dies aus den folgenden Ausführungen unmittelbar zum Ausdruck kommt. Denn die Besonderheiten der einzelnen Fälle, die vorliegenden Tatsachen und die vorhandenen Vertrags- und Gesetzesbestimmungen treten bei Betrachtung der einzelnen Fälle viel eindrucklicher in Erscheinung und können in ihrer Bedeutung für die jeweilige Entscheidung viel besser gewürdigt werden, als dies bei Betrachtung der Rechtsverhältnisse gesamthaft dargestellt werden kann.

Für die Entscheidung der einzelnen Fälle ist so oft gerade bei Geschäften gemischter Art die Lage des einzelnen Falles ausschlaggebend. Die Bedeutung der einzelnen vorliegenden Tatsachen und der vorhandenen Vertrags- und Gesetzesbestimmungen ergibt sich oft nur bei Gesamtbetrachtung und Berücksichtigung aller jeweils bei den einzelnen Fällen vorliegenden Tatsachen. Die Darstellung, dass für die Rechtsverhältnisse bei Geschäften gemischter Art es oft gerade auf die besondere Lage des Einzelfalles ankommt, ist, neben der Darstellung der verschiedenen Bedeutung der Besonderheiten dieser Verhältnisse, eines der Hauptziele, die mit vorliegender Abhandlung verfolgt werden.

Einleitung.

Bei der letzten Revision des Obligationenrechtes anlässlich des Erlasses des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, als das OR diesem als fünfter Teil eingefügt wurde, stellten zwei Rechtsanwälte den Antrag, es möchten besondere Bestimmungen über, wie sie es nannten, gemischte Verträge in das Gesetz aufgenommen werden. Der Grund zu dieser Anregung war die Ansicht, dass bei diesen für den Inhalt der Verträge und für die Anwendung der Gesetzesbestimmungen sich besondere Schwierigkeiten aus dem «sowohl als auch» der Mischung ergeben.

Diesem Antrage wurde jedoch bei der Beratung des Entwurfes in der Expertenkommission nicht entsprochen und die Aufnahme von besonderen Bestimmungen abgelehnt. Man vergleiche hiezu das Protokoll der Sitzung vom 14. Oktober 1908. Diesen Beschluss begründete der Referent damit, dass er erklärte, es wäre sehr schwierig, eine gesetzliche Regelung für diese Fälle aufzustellen, man werde im einzelnen Falle prüfen müssen, welches Element vorgehe, vorkommenden Falles werde es auch möglich sein, die verschiedenen Elemente zu trennen.

Die Möglichkeit, dass sich aus dem «sowohl als auch» der Mischung besondere Schwierigkeiten ergeben könnten, bildet aber doch der Grund für die besondere Betrachtung der Rechtsverhältnisse bei Geschäften gemischter Art. Wenn nach der Ansicht des Referenten der Expertenkommission der einzelne Fall die Lösung bringen müsse, so sei hier gerade dies besonders eingehend verfolgt.

I. ABSCHNITT:

Begriff und Vorkommen.

Hier sei vorerst auf den Begriff der Geschäfte, wie er für das Obligationenrecht wichtig ist, dann auf den der Geschäfte gemischter Art, und erst dann auf das Vorkommen dieser eingegangen. Begriff und Vorkommen der Geschäfte gemischter Art zeichnen sich durch besonders grosse Unbestimmtheit aus.

1. Geschäfte, Abgrenzung,

Hier seien nur die Rechtsverhältnisse zu denjenigen Geschäften betrachtet, die aus Leistungen der Einzelnen einander bestehen. Der Grund zu dieser Beschränkung liegt darin, dass nur bei diesen Geschäften, der einzelnen Leistungen wegen, sich die besonderen Rechtsverhältnisse mit den Rechten und Verpflichtungen zu den einzelnen Leistungen ergeben, die dem Obligationenrecht eigentümlich sind. Die Leistungen der Einzelnen einander sind stets besonderes Verhalten der einen zu Gunsten und im Interesse der andern. Diese können in Tun oder in Unterlassen oder in beiden bestehen. Wichtig ist aber stets, dass das Tun oder Unterlassen für einen andern erfolge. So etwa die Aufbewahrung einer Sache «für einen andern», die Herstellung eines Werkes «für einen andern», die Leistung von Diensten «einem andern», die Besorgung von Angelegenheiten «für einen andern», das Ueberlassen des Gebrauches oder der Nutzung einer Sache oder eines Rechtes «einem andern», oder die Leistung, die benötigten Waren «zu Gunsten des andern» nur bei diesem zu kaufen, und andere. Die Rechtsverhältnisse zu Geschäften, die nicht aus Leistungen der Einzelnen einander, sondern nur aus besonderem Verhalten der Einzelnen zu eigenen Gunsten und in eigenem Interesse bestehen, fallen ausserhalb des Rahmens die-

ser Abhandlung. Man vergleiche hiezu Guhl, S. 19 und 32; Oser, S. 4 und 13; v. Thur, S. 39.

Der Ausdruck **Geschäft** wird im täglichen Sprachgebrauch nicht für alle diese Geschäfte aus Leistungen der Einzelnen einander verwendet. Häufig wird er sogar, wohl wegen seiner besonderen kaufmännischen Tönung, sorgfältig gemieden. Jedoch sei der Ausdruck **Geschäft** hier für alle Geschäfte, die obiger Begriffsumschreibung entsprechen, verwendet, weil ein anderer passender Ausdruck für diese fehlt. Im Gesetze findet sich häufig der Ausdruck **Geschäft** in diesem Sinne, auch dort, wo er im täglichen Sprachgebrauch nicht verwendet würde.

Bei Geschäften ist in Bezug auf die Verträge über die Rechtsverhältnisse zu denselben oft etwas verwirrend, dass auch der **Abschluss der Verträge selber** ein Geschäft im obigen Sinne ist, bestehend aus Leistungen der Vertragsschliessenden einander. Die für den Vertragsschluss als Geschäft kennzeichnenden Leistungen sind jedoch ganz besondere, sie bestehen in der Zustimmung zu den Verträgen im eigenen Interesse, aber auch im Interesse des andern. Das Geschäft, dessen Zweckbestimmung darin liegt, die Rechtsverhältnisse zu den eigentlichen Geschäften zu regeln, der Vertragsabschluss, ist jedoch von den eigentlichen Geschäften, welche die vertragliche Regelung der Rechtsverhältnisse betrifft, streng zu trennen.

2. Geschäfte gemischter Art.

Unter Geschäften gemischter Art werden Geschäfte verstanden, die sowohl einer als auch einer andern Art von Geschäften entsprechen. Dies folgt schon aus dem Ausdrucke **Geschäfte gemischter Art**. Das «sowohl als auch» ist auch für diese Mischung kennzeichnend.

Die Geschäfte gemischter Art werden dem üblichen Sprachgebrauch folgend oft als **gemischte Geschäfte** bezeichnet. Der Ausdruck **gemischte Geschäfte** für Geschäfte gemischter Art ist jedoch etwas ungenau, denn nicht die Geschäfte selber sind gemischt, sondern einzig deren Art. Dieser Aus-

druck wird jedoch auch nur selten verwendet, aber stets nur zur Bezeichnung von Geschäften gemischter Art.

Häufig wird jedoch für die Bezeichnung von sog. gemischten Geschäften, wegen des engen Zusammenhanges der Geschäfte mit den Verträgen über die Rechtsverhältnisse zu denselben und aus andern, unten näher darzustellenden Gründen, statt den Ausdrücken Geschäfte gemischter Art oder gemischte Geschäfte die Bezeichnung *gemischte Verträge* gewählt. Jedoch werden auch durch diesen Ausdruck meist nur Geschäfte gemischter Art bezeichnet. Man vergleiche hierzu Guhl S. 146, 157, 165, 171, 198, 245, und Oser S. 782, 1002, und die dort angeführten Beispiele.

a) Die Art der Geschäfte umfasst meist nicht deren ganze Eigenart, sondern nur einen Teil derselben. Nicht alle Merkmale der Geschäfte, die aus einzelnen Leistungen bestehen, die Art, der Umfang und die Zusammengehörigkeit aller einzelnen Leistungen, sind stets sog. Artmerkmale, sondern meist nur einige wenige, oft nur die Art, der Umfang oder die Zusammengehörigkeit auch nur einzelner Leistungen. Neben der Art der Geschäfte bleibt meist noch die sog. *weitere Eigenart* der Geschäfte. So sind etwa die sog. Kaufsgeschäfte gekennzeichnet durch die besondere Art nur der Hauptleistung, der Sachleistung, und durch das blosse Vorhandensein der Gegenleistung, deren Art jedoch für diese Art von Geschäften nicht wesentlich ist.

Jedoch umfasst die Art der Geschäfte in der Regel diejenige Eigenart, und dies ist für die Art der Geschäfte kennzeichnend, die für den Vergleich mehrerer Geschäfte zueinander wichtig ist. Geschäfte sind daher dann gleicher Art, wenn sie in den für die Art gerade wichtigen Merkmalen gerade übereinstimmen; sie sind verschiedener Art, wenn diese Merkmale verschieden sind; für ähnliche Art genügt das Uebereinstimmen nur einiger Merkmale, etwa der Art des Umfanges oder der Zusammengehörigkeit nur einzelner Leistungen.

Darin, dass die Art der Geschäfte diejenigen Merkmale umfasst, die im Vergleich mehrerer Geschäfte zueinander wichtig sind, unterscheidet sich die Art der Geschäfte von der Natur

derselben. Die Natur der Geschäfte umfasst diejenigen Merkmale, die die Geschäfte für sich alleine kennzeichnen. Daher ist durch besondere Art stets auch besondere Natur der Geschäfte bestimmt, umgekehrt aber nicht stets durch besondere Natur auch besondere Art derselben. Bei sog. Kaufgeschäften etwa wird die Natur der Geschäfte auch noch durch die Art der Gegenleistung und durch den Umfang der einzelnen Leistungen gekennzeichnet.

b) Die Mischung der Art der Geschäfte besteht dann, wenn einige besondere Merkmale eine Art der Geschäfte bezeichnen, andere Merkmale eine andere Art. So können besondere Art, besonderer Umfang oder besondere Zusammengehörigkeit einzelner Leistungen für eine Art von Geschäften massgebend sein und besondere Art, besonderer Umfang oder besondere Zusammengehörigkeit anderer Leistungen für eine andere Art von Geschäften. So ist etwa ein Geschäft sowohl ein Kaufs- als Mietgeschäft, wenn es Sachleistungen und Mietleistungen und die diesen entsprechenden Gegenleistungen enthält.

Die Mischung der Art der Geschäfte ist möglich, weil, wie oben erwähnt, die Art der Geschäfte meist nur einige wenige, nicht alle Merkmale der Geschäfte, somit meist nicht deren ganze Eigenart umfasst und neben der Art der Geschäfte meist noch die sog. weitere Eigenart derselben besteht. Besondere Merkmale der Geschäfte, die in bezug zu einer Art zu den Merkmalen der sog. weiteren Eigenart gehören, können in bezug auf eine andere Art als Artmerkmale dieser auftreten. Die Art der Gegenleistung etwa, die für die Kennzeichnung als Kaufgeschäft unwesentlich ist, kann für die Kennzeichnung als Mietgeschäft wichtig sein.

Geschäfte gemischter Art sind wohl im Vergleich zu andern Geschäften gemischter Art, in bezug auf sich selber jedoch einfach besonderer Natur, dies eine Feststellung, die für vorliegende Abhandlung besondere Bedeutung hat. Die besondere Natur der Geschäfte gemischter Art wird allerdings gekennzeichnet durch die Merkmale, die auch die eine und die andere Art von Geschäften kennzeichnen. Jedoch kann die je-

weils wichtige Natur der Geschäfte auch solche Merkmale der Geschäfte umfassen, die, neben der einen und der anderen Art der Geschäfte, der sog. weiteren Eigenart derselben zugehören. Die besondere Natur der Geschäfte im obigen Beispiel ist durch die Art, den Umfang und die Zusammengehörigkeit aller Leistungen, der Sach- und der Mietleistungen und der Gegenleistungen gekennzeichnet.

3. Das Vorkommen der Geschäfte gemischter Art.

Zur genauen Bestimmung, ob ein Geschäft einfacher oder gemischter Art sei, wäre notwendig, dass die einzelnen Arten von Geschäften feststehen würden. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Arten der Geschäfte werden äusserst willkürlich bezeichnet und festgelegt, und die Merkmale der Geschäfte auf das Verschiedenste zu Merkmalen der Arten von Geschäften zusammengefasst. Die Arten der Geschäfte sind daher äusserst vielfältig und deren Zahl in keiner Weise begrenzt.

a) Als Geschäfte gemischter Art können jedoch häufig solche Geschäfte bezeichnet werden, die aus mehreren einzelnen Leistungen besonderer Art bestehen. Für die Art der Geschäfte ist nämlich sehr häufig hauptsächlich die Art einer Leistung kennzeichnend. Bei Vorhandensein mehrerer Leistungen, die jede für eine besondere Art von Geschäften bezeichnend ist, ergibt sich so sehr häufig gemischte Art der Geschäfte. Man vergleiche hiezu Guhl S. 32, 146, Oser S. 183 N. 20 und S. 782, Siegwart S. 59 N. 61, und die dort angeführten Beispiele.

Einfache Geschäfte mit wenigen einzelnen Leistungen kann man so naturgemäss selten als Geschäfte gemischter Art bezeichnen, denn die meisten einfachen Geschäfte bestehen nur aus der Hauptleistung und ihrer Gegenleistung, wobei bloss die besondere Art der Hauptleistung in Verbindung mit der Gegenleistung, nicht aber die Art der Gegenleistung, für die einzige Art von Geschäften massgebend ist. Sobald aber auch bei solch einfachen Geschäften die Art der Gegenleistung auch für eine Art von Geschäften von Bedeutung ist, können schon solch ein-

fache Geschäfte als Geschäfte gemischter Art bezeichnet werden. So etwa, wenn die Mieterin eines Zimmers als Entgelt für die Miete Nährarbeiten für die Vermieterin besorgt, oder wenn ein Landwirt als Borger eines Darlehens als Gegenleistung dem Darleiher die in dessen Haushalt täglich benötigte Milch liefert oder wenn der halbtätig Angestellte in Ueberlassung einer Wohnung entschädigt wird.

Häufig ist aber gemischte Art bei Geschäften, die aus mehreren Haupt- und Nebenleistungen bestehen. Denn sowohl Haupt- wie Nebenleistungen können durch ihre besondere Art für eine Art von Geschäften ausschlaggebend sein. Geschäfte, die aus mehreren Haupt- und Nebenleistungen bestehen, sind überaus häufig, und dass dann die besondere Art mehrerer dieser Leistungen für eine Art von Geschäften ausschlaggebend ist, ist durchaus keine Seltenheit. Dies ist etwa der Fall bei Aufbewahrung und Transport ein und derselben Sache für einen andern, wobei das eine oder andere nebensächliche Bedeutung haben kann, oder bei Verkauf einer Sache und Besorgung der Arbeiten für deren Einrichtung durch den Verkäufer, oder bei Aufbewahrung und Verwaltung von Wertschriften durch eine Bank, oder etwa die Erstellung der Pläne, die Erwirkung der erforderlichen Baubewilligungen und dann die Ueberwachung der Ausführung des Baues durch den Architekten. Hiezu Guhl S. 146, 32, Oser S. 782, 783, und die dort angeführten Beispiele.

b) Geschäfte gemischter Art liegen aber meist auch dann vor, wenn gemischte Verhältnisse vorliegen. Denn bei besonderen Verhältnissen besteht oft zwangsläufig diesen entsprechende besondere Art der Geschäfte durch besondere Art, besonderen Umfang oder besondere Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen. Als besondere Verhältnisse werden bei Geschäften häufig solche in bezug auf eine Sache oder in bezug auf die beteiligten Personen oder auf besondere vorliegende Umstände bezeichnet. So liegen etwa besondere Verhältnisse vor bei Miete, bei Schenkung, bei Kauf, bei Leihe von Sachen, oder, die Beziehung zwischen den Beteiligten betrachtend, bei Dienstverhältnissen, bei Miet- oder bei Auftragsverhältnissen.

Gemischte Verhältnisse bestehen daher etwa dann, wenn die Miete von Sachen mit einem Kauf von solchen verbunden ist, oder wenn sowohl ein Dienst- als ein Mietverhältnis vorhanden ist. Bei solch gemischten Verhältnissen sind die beteiligten Personen oft auch mehrmals besonders gekennzeichnet: Bei der Verbindung von Kauf und Darlehen ist der eine sowohl Käufer als Borger, der andere sowohl Verkäufer als Darleiher, oder bei Verbindung von Dienst- und Mietverhältnissen ist der eine sowohl Dienstherr als Vermieter, der andere sowohl Dienstpflichtiger als Mieter.

Diese Verbindung von einzelnen besonderen Verhältnissen zu gemischten Verhältnissen so, dass sie auch bei ein und demselben Geschäft vorliegen, ist sehr häufig und kommt besonders dann vor, wenn die einzelnen besonderen Verhältnisse denselben Sachverhalt betreffen. So etwa der Verkauf einer Sache und die Ausführung von besonderen Arbeiten an derselben noch durch den Verkäufer, oder etwa bei Miete und Pacht zusammengehöriger Sachen, oder etwa bei Aufbewahrung und Transport ein und derselben Sache, oder bei Darlehensgewährung bei Anlass von Verkäufen, oder die Aufbewahrung von Werttiteln durch eine Bank und die gleichzeitige Besorgung deren Verwaltung. Hiezu Guhl S. 146, Oser S. 782 u. 783, 1002, 1390, und die dort angeführten Beispiele.

Weil bei Geschäften oder solchen besonderen Verhältnissen meist auch Verträge über die Rechtsverhältnisse zu denselben vorhanden sind, kennzeichnen sich diese gemischten Verhältnisse durch diesen Umstand auch als gemischte Vertragsverhältnisse. Die Verbindung der besonderen Verhältnisse zu gemischten Verhältnissen äussert sich dann oft darin, dass die Rechtsverhältnisse zu diesen in ein und demselben Verträge geregelt werden. Jedoch ist dies für das Bestehen von gemischten Verhältnissen oder Geschäften gemischter Art nicht ausschlaggebend, denn die Rechtsverhältnisse können auch in verschiedenen Verträgen, in denen etwa auf einander Bezug genommen wird, geregelt werden. Die besonderen und gemischten Verhältnisse als Vertragsverhältnisse werden weiter unten noch näher untersucht.

II. ABSCHNITT:

Die Bedeutung der Art der Geschäfte und deren Mischung bei der Regelung der Rechtsverhältnisse.

Für die Betrachtung der Rechtsverhältnisse bei Geschäften gemischter Art ist naturgemäss die Art und Weise der Berücksichtigung der Art der Geschäfte bei der Regelung der Rechtsverhältnisse besonders wichtig. Von dieser hängt ab, welche Besonderheiten sich aus dem «sowohl als auch» der Mischung ergeben und wie die dabei auftretenden Schwierigkeiten gelöst werden können.

1. Die Bedeutung der Art der Geschäfte im allgemeinen.

Die Art der Geschäfte kann bei der Regelung der Rechtsverhältnisse nach zwei Möglichkeiten von Bedeutung sein. Nach diesen ergeben sich bei Mischung der Art der Geschäfte sehr verschiedene Schwierigkeiten und sehr verschiedene Lösungen derselben.

a) Die Art der Geschäfte kann die Bedeutung haben, dass sich ausschliesslich nach ihr besondere Regelung der Rechtsverhältnisse ergibt. Dann ist sie einzig und allein und nicht noch deren weitere Eigenart für den Inhalt der Verträge und für die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen massgebend. Bei Mischung der Art ergibt sich dann besondere Regelung der Rechtsverhältnisse stets sowohl nach der einen wie nach der andern Art der Geschäfte. Dann hat der Inhalt der Verträge stets sowohl der einen wie der andern Art der Geschäfte zu entsprechen und auch die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen ist sowohl nach der einen wie nach der andern Art der Geschäfte gegeben. Bei dieser Bedeutung der

Art der Geschäfte können sich ernsthafte Schwierigkeiten aus dem «sowohl als auch» ergeben, denn durch die Abhängigkeit der Regelung stets sowohl von der einen wie der anderen Art der Geschäfte können Widersprüche oder Sinnwidrigkeiten leicht entstehen. Bei dieser Bedeutung der Mischung wird das «sowohl als auch» sehr hervorgehoben.

b) Die Art der Geschäfte kann aber auch bei der Regelung der Rechtsverhältnisse die Bedeutung haben, dass sie stets und nur n e b e n der sog. weiteren Eigenart der Geschäfte wichtig ist. Dann ist die Art der Geschäfte in gleicher Weise wie die weitere Eigenart der Geschäfte für den Inhalt der Verträge und für die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen massgebend. In diesem Falle ergibt sich bei Mischung der Art der Geschäfte besonderer Vertragsinhalt und besondere Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen nach der jeweils vorliegenden Eigenart der Geschäfte, umfassend Art und weitere Eigenart derselben. Die Mischung der Art hat aber hiebei keine besondere Bedeutung, denn sie geht in der vorliegenden ganzen Eigenart der Geschäfte unter. Wohl kann sich auch hier aus dem «sowohl als auch» in der Art der Geschäfte besonderer Vertragsinhalt und Anwendbarkeit besonderer Gesetzesbestimmungen nach der einen wie der anderen Art der Geschäfte ergeben, jedoch ist dies bloss im Rahmen der ganzen Eigenart der Geschäfte der Fall. Bei dieser Bedeutung der Art der Geschäfte ergeben sich bei Mischung der Art der Geschäfte keine besonderen die Mischung unmittelbar betreffenden Schwierigkeiten, denn diese geht, wie oben erwähnt, in der besonderen Eigenart der Geschäfte überhaupt unter.

Im Folgenden sei nun dargestellt, welche Bedeutung die Art der Geschäfte für die vertragliche und die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse nach diesen beiden Möglichkeiten hat. Dabei wird sich ergeben, dass bei beiden die Art der Geschäfte nicht die oben erwähnte ausschliessliche Bedeutung hat, bei der sich die Schwierigkeiten aus dem «sowohl als auch» in erhöhtem Masse ergeben würden, vielmehr dass sie nur in gleicher Weise und neben der sog. weiteren Eigenart der Geschäfte wichtig ist.

2. Die Bedeutung der Art der Geschäfte in den Verträgen.

Grundlegend für die Betrachtung der Bedeutung der Art der Geschäfte in den Verträgen ist die Tatsache, dass meist die Verträge zu den einzelnen Geschäften auch **e i n z e l n b e s o n d e r s** geschlossen werden. Die Verträge gehören so den Geschäften meist einzeln zu. Damit ergibt sich von selbst, dass die Verträge meist der Art der Geschäfte wie deren weiteren Eigenart angepasst werden und für den Inhalt der Verträge so meist die ganze Eigenart der Geschäfte wichtig ist. Daher ist auch gar kein Anlass vorhanden, die Art der Geschäfte besonders zu bevorzugen, so dass bloss sie für den Inhalt der Verträge massgebend wäre, neben der Art der Geschäfte ist auch deren weitere Eigenart in gleicher Weise wie diese für den Inhalt der Verträge massgebend.

a) Die Art der Geschäfte ist damit natürlich in den Verträgen **s t e t s a u c h** berücksichtigt. Verträge über Geschäfte gleicher Art sind daher insoweit als die Art der Geschäfte deren Inhalt beeinflusst auch inhaltlich gleich. Kaufverträge etwa sind stets insoweit gleich, als deren Inhalt durch die stets gleiche Eigenart der Kaufgeschäfte beeinflusst wird. Auch ergibt sich bei gemischter Art der Geschäfte, dass die Verträge sowohl der einen wie der anderen Art der Geschäfte angepasst sind und besonderen Inhalt nach der einen wie der anderen Art der Geschäfte aufweisen.

Aber neben der Art der Geschäfte wird in den Verträgen stets auch noch deren weitere Eigenart berücksichtigt. Die Besonderheiten der Kaufgeschäfte werden in den Kaufverträgen stets auch beachtet. Daher sind **V e r t r ä g e ü b e r G e s c h ä f t e g l e i c h e r A r t** wegen der Berücksichtigung verschiedener weiterer Eigenart derselben insoweit verschieden. Sie weisen besonderen Inhalt auf, der nicht nur von der Art der Geschäfte, sondern auch von deren weiteren Eigenart abhängig ist. Handelt es sich um ein Kaufgeschäft, so ist der Vertrag noch bei weitem nicht in seinen Einzelheiten dadurch bestimmt, dass es sich hier um den Kauf einer Sache handelt.

Bei gemischter Art der Geschäfte ergibt sich wohl besonderer Vertragsinhalt nach der einen wie der anderen Art der Geschäfte, aber ebenso auch besonderer Vertragsinhalt nach der weiteren Eigenart derselben.

Ueberdies werden in den Verträgen meist auch noch die vorliegenden besonderen Umstände berücksichtigt, so dass selbst Verträge über genau gleiche Geschäfte durch die Berücksichtigung verschiedener vorliegender Umstände verschieden sein können. Zusammenfassend kann die Bedeutung der Art der Geschäfte in den Verträgen etwa in dem Satze ausgedrückt werden: Es gibt sehr verschiedene Geschäfte gleicher Art, aber noch viel verschiedenere Verträge zu solchen Geschäften. So etwa gibt es sehr verschiedene Geschäfte mit Kauf einer Sache, aber es gibt noch viel verschiedenere Kaufverträge.

b) Aus dieser Bedeutung der Art der Geschäfte in den Verträgen, dass sie stets bloss neben der weiteren Eigenart und in gleicher Weise wie diese wichtig ist, ergibt sich, dass mit Vorteil wohl eher für die Verträge statt der Art und der weiteren Eigenart der Geschäfte oft einfach die *Natur der Geschäfte* betrachtet wird. Denn da die Verträge den Geschäften auch meist einzelnen zugehören, weil sie für diese einzeln geschlossen werden, ist nicht so sehr die Eigenart der Geschäfte im Vergleich derselben zu einander, wobei gleiche und verschiedene Art mehrerer Geschäfte unterschieden wird, sondern eher die Eigenart der Geschäfte für sich alleine, welche als besondere Natur derselben bezeichnet wird, von Bedeutung.

Bei Betrachtung der besonderen Natur der Geschäfte an Stelle der Art derselben für den Inhalt der Verträge verliert nun aber auch die Mischung der Art der Geschäfte ihre Bedeutung. Denn wenn nicht die Art der Geschäfte wichtig ist, hat auch die Mischung keine besondere Bedeutung. Wie die Art der Geschäfte geht auch sie für den Inhalt der Verträge in der besonderen Natur der Geschäfte vollständig auf, denn diese umfasst stets die besondere Art, wie die gemischte Art der Geschäfte.

3. Die Bedeutung der Art der Geschäfte im Gesetze.

Bei der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse scheint die Art der Geschäfte jedoch besondere Bedeutung zu haben, denn die einzelnen Gesetzesbestimmungen betreffen die Geschäfte stets *g e s a m t h a f t*, im Gegensatz zu den Verträgen, die den einzelnen Geschäften, wie oben dargestellt, meist nur einzeln zugehören. Damit steht aber noch nicht fest, dass die Art der Geschäfte im Gesetze die Bedeutung hat, dass sich bloss nach ihr die Anwendbarkeit der einzelnen Gesetzesbestimmungen richtet. Vielmehr ist, wie noch näher dargestellt werden wird, auch für die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen die Art der Geschäfte in gleicher Weise wie bei den Verträgen bloss neben der weiteren Eigenart der Geschäfte von Bedeutung. Damit ist aber auch bei der gesetzlichen Regelung für den Einzelfall nicht so sehr die Art und die weitere Eigenart, als einfach die jeweilige Natur der Geschäfte wichtig.

a) Aus dem Gesetze selber ergibt sich nicht, dass nur die Art der Geschäfte und nicht auch deren weitere Eigenart für die Anwendbarkeit der besonderen Gesetzesbestimmungen wichtig wäre. Keine einzige Gesetzesbestimmung weist auf eine solche Bedeutung der Art hin. Wohl wird oft die besondere Eigenart der Geschäfte, die besondere Art kennzeichnen kann, sehr eingehend umschrieben, aber ebenso auch besondere Eigenart der Geschäfte, die besondere sog. weitere Eigenart bezeichnen könnte. Man vergleiche im Gesetze, wie häufig in den besonderen Bestimmungen neben der Art auch sehr eingehend die weitere Eigenart der Geschäfte umschrieben ist.

Auch aus der *A n o r d n u n g* der einzelnen Artikel im Gesetzbuche kann nicht darauf geschlossen werden, dass nur die Art der Geschäfte für die Anwendbarkeit besonderer Gesetzesbestimmungen ausschlaggebend wäre. Wohl sind die Artikel, die Bestimmungen über die Rechtsverhältnisse zu Geschäften besonderer Art oder zu besonderen Verhältnissen enthalten, oft in einem einzigen Abschnitt zusammengefasst. Daraus ergibt sich aber noch nicht, dass für die Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmungen nur die Art der Geschäfte massgebend wäre. So etwa ist nicht nur wichtig, ob es sich um ein Kaufs-

geschäft handelt, sondern auch was für ein Kaufgeschäft im einzelnen vorliegt. Aus der Zusammenfassung der einzelnen Artikel in einem Abschnitt ergibt sich auch nicht die Beschränkung der Anwendbarkeit der enthaltenen Bestimmungen nur auf die besondere Art der Geschäfte oder der besonderen Verhältnisse, etwa Miete oder Kauf, denen der betreffende Abschnitt gewidmet ist. So etwa kommen die Regeln über die Gewährleistung bei Sachleistungen, die sich im Abschnitte Kauf vorfinden, auch bei Geschäften anderer Art zur Anwendung, wo Sachleistungen vorkommen, etwa bei Herstellung von Werken für andere, oder bei Sachleistungen in Gesellschaftsverhältnissen.

Die Gliederung des Gesetzes in einzelne Abschnitte und Unterabschnitte hat nur zum Zweck, das Auffinden der einzelnen Artikel im Gesetzbuche zu erleichtern, nicht aber auch das Anwendungsgebiet der einzelnen Bestimmungen festzulegen. Aus der Ueberschrift der Abschnitte und Unterabschnitte allein kann nicht mit Sicherheit auf die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der enthaltenen Gesetzesbestimmungen geschlossen werden. Diese Ueberschriften und auch die Ueberschriften der einzelnen Artikel, die Randtitel, glänzen mehr durch Kürze als durch Inhalt und sind in der Regel dem Texte vollständig eingeordnet.

Ob eine besondere Regelung im Gesetze in einem besonderen Abschnitte oder Unterabschnitte für Geschäfte besonderer Art oder besondere Verhältnisse angeführt sei und mit ausdrücklichen Verweisungen von anderen Stellen bei den Bestimmungen zu Geschäften anderer Art oder anderen Verhältnissen auf diese eine Stelle verwiesen werde, oder ob eine besondere Regelung bei jeder Art von Geschäften oder besonderen Verhältnissen jedes Mal wiederholt werde, hat schliesslich auf den Geltungsbereich einer besonderen Regelung keinen Einfluss. Ob das eine oder das andere gewählt wurde, ist eine Frage der Zweckmässigkeit in der Darstellung des Gesetzestextes. Ist etwa eine Regelung an Artikeln umfangreich, so ist wohl deren nur einmalige Anführung mit Verweisungen von anderen Stellen auf diese vorzuziehen, umfasst

sie jedoch nur wenige Artikel, so kann sie mit Vorteil öfters wiederholt werden. Dies ist nur eine Frage der Abwägung, wie das Gesetz möglichst klar und trotzdem mit möglichst wenigen Artikeln dargestellt werden kann. Man vergleiche etwa dazu die schon erwähnte Regelung der Gewährleistung bei Sachleistungen.

b) Für die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen ist jedoch die Eigenart der Geschäfte wichtig, soweit sie für diese erheblich ist. Diese *E r h e b l i c h k e i t* der Eigenart der Geschäfte bei der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse kann eine sehr verschiedene sein und die volle Eigenart, somit die volle Art und die volle weitere Eigenart, oder aber auch nur Teile derselben umfassen.

Ist neben der Art der Geschäfte *n o c h w e i t e r e E i g e n a r t* derselben erheblich, dann hat die Art der Geschäfte nicht ausschliessliche Bedeutung. Die einzelnen Gesetzesbestimmungen kommen dann bloss bei Geschäften solch besonderer Art zur Anwendung, aber auch nur, wenn auch die erhebliche weitere Eigenart der Geschäfte vorliegt.

Andererseits kann aber auch, unbeachtlich der Erheblichkeit der weiteren Eigenart der Geschäfte, die Art der Geschäfte *n i c h t v o l l e r h e b l i c h* sein. Dann können die Bestimmungen auch bei ähnlicher Art der Geschäfte zur Anwendung kommen, wenn diese in den gerade für die Anwendung der Gesetzesbestimmungen wesentlichen Merkmalen übereinstimmen. Auch dies ist ein häufiger Fall.

Statt der Bezeichnung der Art der Geschäfte und deren weiteren Eigenart der Geschäfte, soweit sie auch erheblich sind, kann hier auch einfach die *N a t u r d e r G e s c h ä f t e* soweit sie also erheblich ist, erwähnt werden, denn für die Anwendbarkeit der einzelnen Gesetzesbestimmungen kommt es nicht auf die Eigenart der Geschäfte an, wie sie für die Einteilung der Geschäfte in Arten wichtig ist, sondern auf die in den einzelnen Bestimmungen erforderte Eigenart der Geschäfte für sich allein, die Natur derselben.

c) Wenn nun eigentlich statt der Art der Geschäfte und deren weiteren Eigenart für die Anwendbarkeit der Gesetzes-

bestimmungen eher die Natur der Geschäfte zu betrachten ist, so verliert auch hier die Mischung der Art ihre eigentliche Bedeutung. Sie geht auf in der für die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen wesentlichen Natur der Geschäfte.

Bei Mischung der Art der Geschäfte kann sehr wohl vorkommen, dass wohl besondere Bestimmungen nach der einen wie nach der anderen Art der Geschäfte anwendbar sind, aber diese Anwendbarkeit ist nicht eigentlich vom Vorhandensein der gemischten Art abhängig, sondern von der besonderen Natur der Geschäfte. Daher kann sich selbst bei Geschäften gemischter Art bloss Anwendbarkeit besonderer Gesetzesbestimmungen nach der einen Art der Geschäfte oder überhaupt nicht ergeben, weil die für die Anwendbarkeit auch massgebende weitere Eigenart der Geschäfte eine solche ausschliesst.

Damit folgt, dass die gleichzeitige Anwendbarkeit besonderer Gesetzesbestimmungen nach der einen wie der andern Art der Geschäfte bloss dann sich ergibt, wenn die jeweilige weitere Eigenart der Geschäfte, die in bezug auf jede Art auch die andere Art der Geschäfte ausschliesst, die Anwendbarkeit zulässt. Damit ist die Möglichkeit, dass durch die gleichzeitige Anwendung der Gesetzesbestimmungen Sinnwidriges oder Unzukömmliches entstehe, fast nicht vorhanden, und durch die Mischung der Art der Geschäfte ergeben sich für die Anwendbarkeit der einzelnen Gesetzesbestimmungen nicht die erwarteten besonderen Schwierigkeiten. Man vergleiche hiezu Oser S. 782 u. 783, bes. N. 10 u. 12.

4. Die Bedeutung der Art der Verträge.

Oft werden bei Betrachtungen der Rechtsverhältnisse bei Geschäften, statt den Geschäften selber, die Verträge über die Rechtsverhältnisse zu denselben in den Vordergrund der Betrachtungen gestellt. Damit erhalten statt der Art der Geschäfte die Art der Verträge und die sog. *Vertragsarten* besondere Bedeutung. Dann bezeichnet man neben den Verträgen besonderer Art, die bloss einer Vertragspartei entsprechen, die *Verträge gemischter Art*, die sowohl einer

als auch einer andern Vertragsart entsprechen. Dem üblichen Sprachgebrauch folgend werden auch diese Verträge gemischter Art als sog. gemischte Verträge bezeichnet. So Guhl S. 176, Oser S. 782, v. Tuhr S. 218; BGE 63 II 241.

Die Besonderheiten, die sich bei Mischung der Art ergeben können und oben bei der Mischung der Art der Geschäfte erwähnt wurden, können sich auch bei der Mischung der Art der Verträge ergeben, und geben Anlass, die Rechtsverhältnisse bei sog. gemischten Verträgen besonders zu betrachten. In der Tat stellten die beiden Rechtsanwälte an die Expertenkommission den Antrag, es möchten besondere Bestimmungen über gemischte Verträge in das Gesetz aufgenommen werden, weil sie annahmen, dass sich bei Mischung der Art der Verträge die oben erwähnten Schwierigkeiten ergeben könnten. Man vergleiche hiezu das erwähnte Protokoll.

a) Oft wird nun aber die Bedeutung der Art der Verträge so aufgefasst, dass angenommen wird, sie sei für die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen unmittelbar massgebend. Bei dieser Ansicht hat die Vertragsart natürlich besondere Wichtigkeit, und die Vertragsart wäre dann für die Anwendung der Gesetzesbestimmungen in folgender Weise ausschlaggebend.

Bei Vorliegen eines Vertrages besonderer Art hätten dann die Gesetzesbestimmungen für diese besondere Vertragsart selbstverständlich Anwendung zu finden. Darüber hinaus könnten diese Gesetzesbestimmungen für eine besondere Vertragsart auch noch bei Verträgen ähnlicher Art angewendet werden, wenn die Vertragsarten in ihren für die Anwendung der Gesetzesbestimmungen wesentlichen Merkmalen übereinstimmen. Auch könnten die Gesetzesbestimmungen für eine besondere Vertragsart bei Verträgen andrer Art anwendbar sein, wenn durch ausdrückliche oder stillschweigende Verweisungen eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen zulässig wäre.

Bei sog. gemischten Verträgen, die sowohl einer als auch einer anderen Art von Verträgen entsprechen, wären

dann natürlich die Gesetzesbestimmungen der einen wie der anderen Art von Geschäften anzuwenden, nicht bloss anwendbar. Hier könnten sich wirklich die Schwierigkeiten aus dem «sowohl als auch» der Mischung in der Art der Verträge ergeben. Diese Möglichkeit führte auch zur besonderen Betrachtung der Rechtsverhältnisse bei sog. gemischten Verträgen. Man vergleiche zu dieser Ansicht die Ausführungen bei Oser auf S. 782.

Bevor auf die Besonderheiten der Mischung eingetreten wird, ist zu untersuchen, ob die Vertragsart wirklich bei der Regelung der Rechtsverhältnisse solch unmittelbare Bedeutung hat, dass nach ihr alleine sich die Anwendbarkeit der besonderen Gesetzesbestimmungen ergibt.

Gegen eine solche Bedeutung spricht einmal folgende Ueberlegung. Für die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen ist die Art der Verträge wohl deswegen nicht unmittelbar massgebend, weil ja auch die Gesetzesbestimmungen selber dieselben Rechtsverhältnisse zu den Geschäften betreffen, die auch Gegenstand der vertraglichen Regelung sind. Der Inhalt der Verträge und damit deren Art ist wie der Inhalt des Gesetzes in erster Linie von den der vertraglichen wie der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse zu Grunde liegenden besonderen Verhältnisse abhängig. Bei Geschäften richtet sich der Inhalt der Verträge wie die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen vorerst nach der Eigenart, Natur, Art der Geschäfte und der vorliegenden Umstände und nicht nach der Art der Verträge unmittelbar..

Dass die Art der Verträge nicht solch unmittelbare Bedeutung für die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen hat, ergibt sich aber auch aus dem Gesetze selber. Bei dieser Ansicht nämlich wäre natürlich die gesetzliche Umschreibung der einzelnen besonderen Vertragsarten besonders wichtig, denn sie wäre für die Anwendbarkeit einer Anzahl von Gesetzesbestimmungen ausschlaggebend. Nach ihr würde sich bestimmen, ob ein Vertrag der besonderen Art, oder nur ein Vertrag ähnlicher Art, oder aber ein Vertrag anderer Art vorliege, nach der Art, die für die

Anwendbarkeit der einzelnen Gesetzesbestimmungen massgebend wäre. Die im Gesetze enthaltenen Umschreibungen der besonderen Vertragsarten entsprechen aber diesen Anforderungen in bloss sehr mangelhafter Weise. Die in Frage kommenden Artikel sind jeweils die ersten der betreffenden Abschnitte, man vergleiche OR 184, 253, 319, 363, 394 usw. Bei genauer Betrachtung dieser Artikel scheint, dass dort überhaupt keine Umschreibungen besonderer Vertragsarten enthalten seien. Diese Bestimmungen passen wirklich zu schlecht auf eine Umschreibung der Vertragsart, von der die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen des betreffenden Abschnittes in oben erwähnter Weise abhängig wäre. Dem Gesetzgeber ist wohl nicht zuzumuten, dass er solche Umschreibungen, wenn sie wirklich als Umschreibungen der besonderen Vertragsarten für die Anwendbarkeit der folgenden Gesetzesbestimmungen als solche massgebend wären, nicht besser ausgearbeitet und auch in ihrem Wortlaute dieser Bedeutung besser angepasst hätte. Man vergleiche hiezu auch die Erläuterungen zu diesen Artikeln in den Kommentaren zum OR, die auch nicht geeignet sind, die Ansicht von der unmittelbaren Bedeutung der Vertragsarten zu unterstützen.

Welche Bedeutung die Art der Verträge aber doch hat, sei weiter unten unter Ziffer c näher dargestellt, ebenso wie die Bedeutung der Tatsache, dass bei Geschäften meist auch Verträge vorhanden sind und daher sog. Vertragsverhältnisse bestehen, im nächsten Abschnitt unter Ziffer 3.

b) Ueber die Bedeutung der Art der Verträge bei der Regelung der Rechtsverhältnisse wird aber noch eine andere Ansicht vertreten, die noch viel weitgehender ist, als die soeben erwähnte, und bei der sich ganz besonders bei Mischung der Art die Möglichkeit besonderer Schwierigkeiten ergibt. Diese Ansicht besteht darin, dass behauptet wird, dass besondere Vertragsarten gesetzlich besonders bestimmten Inhalt hätten. So besonders deutlich bei v. Tuhr S. 218.

Bei dieser Ansicht spricht man, für diese bezeichnend, von sog. gesetzlichen Vertragsarten im Sinne von

Vertragsarten mit besonderem gesetzlich bestimmtem Inhalt. Besonders kennzeichnend für diese Ansicht ist der Ausdruck Vertragstypen im Sinne von gesetzlich festgelegten Vertragsgrundformen. So besonders bei v. Tuhr S. 218. Für diese Ansicht sind auch einige Redewendungen bezeichnend, die nur bei dieser wirklichen Sinn haben. So etwa: Die Vertragsschliessenden können von den gesetzlichen Grundformen oder Vertragstypen «Ausnahmen machen», sie können den «gesetzlichen Vertragsinhalt wegbedingen», soweit dies «zulässig» sei, wenn die gesetzlichen Bestimmungen nicht «zwingend» gelten, sondern bloss «nachgiebig» seien. Diese Wendungen haben nur bei dieser Auffassung wirklich Sinn. Man vergleiche v. Tuhr S. 218.

Bei dieser Ansicht bezeichnet man dann als sog. gemischte Verträge solche, die sowohl der einen wie der anderen sog. gesetzlichen Vertragsarten entsprechen, und deren Inhalt sowohl einem als auch einem andern der sog. gesetzlichen Vertragstypen entsprechen. Die gemischten Verträge dieser Auffassung sind daher stets bloss Verträge gemischt gesetzlicher Art. So besonders deutlich bei v. Tuhr S. 218, und Becker S. 67 und die dort erwähnte Literatur.

Diese Ansicht ist der eigentliche Grund für die Betrachtung der Rechtsverhältnisse bei Mischung der Art der Verträge, bei sog. gemischten Verträgen, denn hier würden sich gerade die oben erwähnten Schwierigkeiten aus dem «sowohl als auch» der Mischung für die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen wie für den Inhalt der Verträge in höchstem Masse ergeben. Nach dieser Ansicht nämlich ist die Vertragsart natürlich nicht nur unmittelbar, sondern auch ausschliesslich, einzig für die Anwendbarkeit der einzelnen Gesetzesbestimmungen massgebend. Wenn nun bei dieser Auffassung besondere Gesetzesbestimmungen den besonderen Vertragsarten zugehören, ist auch sehr naheliegend zu erklären, dass der sog. allgemeine Teil des Gesetzes «für alle Verträge», der sog. besondere Teile des Gesetzes «für beson-

dere Verträge» gelte. Auch dies ist für diese Ansicht kennzeichnend. So v. Tuhr S. 218. Die beiden Rechtsanwälte stellten wohl infolge dieser Ansicht ihre Anregung in der Form: Es seien besondere Bestimmungen «für gemischte Verträge», in diesem Sinne als Verträge gemischt gesetzlicher Art, in das Gesetz aufzunehmen.

Dieser Ansicht von der Bedeutung der Art der Verträge kann schon aus zwei Gründen nicht beigeprflichtet werden. Einmal ist über die im Gesetze enthaltenen Umschreibungen der besonderen Vertragsarten, die nach dieser Ansicht noch erhöhte Wichtigkeit haben, das gleiche zu sagen, was oben unter a für die weniger weitgehende Ansicht von der Bedeutung der Art der Verträge gesagt wurde. Dann aber auch sind die einzelnen Bestimmungen, die diesen vermeintlichen Umschreibungen der besonderen Vertragsart folgen, die für die besonderen Arten der Verträge den sog. Vertragstypus festlegen sollen, gar nicht aber auch gar nicht einer solchen Bedeutung angepasst. Der Wortlaut dieser Bestimmungen müsste ganz bedeutend anders lauten, wenn wirklich sie solche besondere Vertragstypen kennzeichnen sollten. Man vergleiche hiezu OR 184 ff, 153 ff, 163 ff usf.

Bei dieser Ansicht werden durchaus ungerechtfertigt die Grundsätze für die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse g e g e n ü b e r D r i t t e n , den sog. äusseren Verhältnissen, auf die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse unter den Vertragschliessenden selber, den sog. inneren Verhältnissen, übernommen. Bei der Regelung der Rechtsverhältnisse gegenüber Dritten ist zum Zwecke der Schaffung klarer Rechtsverhältnisse eine Regelung in sog. Typen oft unbedingt notwendig, wenn diese Regelung die Verwendung von besonderen öffentlichen Bekanntmachungen und Registern erfordert. Dort ist eine besondere Kennzeichnung einzelner Arten mit Beschränkung deren Zahl auf einige wenige und eine Typisierung des «Inhaltes» oder der Rechtsverhältnisse, wenn auch nur durch Aufstellen besonderer gesetzlicher Vermutungen, unbedingt notwendig. Man vergleiche hiezu die gesetzliche Regelung des Güterstandsrechtes, bes. ZGB 178, 179, 248, des

Grundpfandrechtes, bes. ZGB 783, 942, des Gesellschaftsrechtes, OR 552 ff und 940. Bei der Regelung der Rechtsverhältnisse, die unter den Vertragschliessenden selber gelten, den sog. inneren Verhältnissen, ist eine solche Regelung der Rechtsverhältnisse in Typen, mit Beschränkung der Zahl der Arten für die Schaffung klarer Verhältnisse nicht notwendig und nicht möglich und auch nicht ausgeführt, weil sich die Zahl der Arten nicht beschränken liesse. Bei den sog. äusseren Verhältnissen ist, soweit sie gesetzlich in Form von Typen geregelt sind, wegen des Eintrages in die Register und der besonderen Art der Veröffentlichung der massgebenden Tatsachen eine Mischung der Arten nicht möglich, denn entweder wird das eine oder das andere, nie beides zusammen eingetragen oder veröffentlicht. Bei den sog. inneren Verhältnissen wäre ein solcher Riegel gegen das Zustandekommen einer Mischung der Arten nicht vorhanden und bei Typisierung würden sich hier unlös-bare Schwierigkeiten ergeben. So deutlich Oser S. 126 N. 4.

So einfach ist nun wirklich das Obligationenrecht nicht, dass sich einfach nach Typen die Rechtsverhältnisse bestimmen liessen, indem man bloss die Vertragsart zu bestimmen hätte und dann aus dem Gesetze die Rechtsverhältnisse einfach ablesen könnte, unter Vorbehalt vielleicht nur des ausdrücklich vereinbarten, sicher beweisbaren, zulässigen «anderen», «abweichenden» Vertragsinhalt. Wer weiss mit welcher Sorgfalt die Einzelnen den Inhalt der Verträge und der Gesetzgeber den Inhalt des Gesetzes den einzelnen besonderen Verhältnissen anpassen und angepasst haben, und wieviel Selbstverständliches dabei nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, wird dieser Auffassung nie beipflichten können.

c) Wenn nun, wie oben dargestellt, die Art der Verträge bei der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse für die Anwendbarkeit der einzelnen Gesetzesbestimmungen nicht unmittelbar von Bedeutung ist, so bleibt bloss, dass deren Bedeutung eine nur mittelbare sei. Denn die äusserst häufige Verwendung der Ausdrücke, die auf eine besondere Vertragsart hinweisen, zeigt deutlich, dass die Vertragsart doch irgend eine Bedeutung hat.

In der Tat wird durch die Vertragsart sehr häufig und in sehr einfacher, zweckmässiger Weise auf die Besonderheiten der für die gesetzliche Regelung erheblichen besonderen Vertragsverhältnisse hingewiesen. Denn da bei Geschäften meist auch Verträge über die Rechtsverhältnisse zu denselben vorhanden sind, kennzeichnen sich die besonderen der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse zu Grunde gelegten Verhältnisse stets als sog. Vertragsverhältnisse, was gerade sehr gut bei der Erwähnung der besonderen Art der Verträge zum Ausdrucke kommt. Dadurch kommen die Bestimmungen des Gesetzes bei Vorliegen eines Vertrages besonderer Art zur Anwendung, weil die für die Anwendung wesentlichen Vertragsverhältnisse durch die besondere Vertragsart oft deutlich und genügend gekennzeichnet werden. Man vergleiche auch den Titel des sog. besonderen Teiles des Gesetzes über das Obligationenrecht, der sehr treffend lautet: «Die einzelnen Vertragsverhältnisse», wo hingegen im französischen Texte, wohl infolge Fehlens eines passenden Ausdruckes und in Anlehnung an die oben erwähnten Auffassungen von der Bedeutung der Art der Verträge, dieser lautet: «Von den verschiedenen», wohl im Sinne von «besonderen», «Arten von Verträgen». Man vergleiche hiez u auch die Wendungen im Gesetze, wo allgemein auf die besonderen Verhältnisse, gekennzeichnet durch besondere Natur der Geschäfte, hingewiesen wird. OR 2, 6, 7, 35, 99, frz. Text 71, 72, Natur der Geschäfte; 81, 82, Natur der Verträge; OR 34, 71, 72, 75, 164, Natur der Rechtsverhältnisse oder Vertragsverhältnisse. Ebenso wird auf die Umstände oft in allgemeiner Weise hingewiesen, OR 6, 7, 32, 43, 44, 47, 70, 74, 81. Man vergleiche auch den Wortlaut der Uebersetzungen einzelner Artikel, etwa 34, 71, 72.

Dies zeigt sich sehr deutlich in der üblichen Bildung der besonderen Vertragsarten. Als besondere Vertragsarten werden nämlich meist nicht eigentlich Verträge besonderen Inhaltes bezeichnet, obschon die Verträge besonderer Art natürlich stets auch besonderen Inhalt aufweisen, sondern Verträge, die die Rechtsverhältnisse zu besonderen Verhältnissen betreffen

und bei Geschäften, die die Rechtsverhältnisse zu G e s c h ä f -
t e n besonderer Art zum Gegenstande haben. Dies
kommt auch darin zum Ausdruck, dass bei Geschäften die ein-
zelnen Arten der Verträge nach den besonderen Verhältnissen
oder nach der Art der Geschäfte, denen sie zugehören, bezeich-
net werden. So ergibt sich, dass meist gerade derjenige Inhalt
der Verträge für die besondere Vertragsart kennzeichnend ist,
der sich notwendigerweise nach der besonderen Art der Ge-
schäfte oder besonderen Verhältnissen ergibt. So bezeichnet
man als Kaufverträge die Verträge über die Rechtsverhältnisse
bei Kauf von Sachen, also auch bei sog. Kaufgeschäften. Die
Kaufverträge enthalten so stets Bestimmungen über die Rechte
und Verpflichtungen zu den Sachleistungen und den Gegenlei-
stungen. Man vergleiche hiezu die Umschreibungen der be-
sonderen Vertragsverhältnisse oder der besonderen Arten der
Verträge bei Guhl S. 145, 147, 169, 187, usf. und die Umschrei-
bungen der besonderen Verhältnisse bei Oser zu OR 184, 237,
239, 253, 275, 305, 312, 319, 363, 440, 472, 492, 516.

Damit ergibt sich, dass meist Verträge gemischter Art oder
sog. gemischte Verträge dann vorliegen, wenn auch G e -
s c h ä f t e gemischter Art, sog. gemischte Geschäfte
oder sog. gemischte Verhältnisse vorhanden sind. Denn bei Ver-
trägen gemischter Art weist die eine wie die andere besondere
Art der Verträge auf die eine wie die andere besondere Art
der Geschäfte oder auf die einen wie die anderen besonderen
Verhältnisse hin. So ist etwa ein Vertrag sowohl ein Kauf-
als ein Mietvertrag, wenn das Geschäft sowohl einen Kauf als
eine Miete von Sachen umfasst. Man vergleiche hiezu die Bei-
spiele von sog. gemischten Verträgen bei Guhl S. 146 und bei
Oser S. 782, 783, sogar bei v. Tuhr S. 218.

Wenn nun im Gesetze die Art der Verträge nur die Be-
deutung hat, dass durch sie auf die besondere Art der Ge-
schäfte oder auf die besonderen vorliegenden Verhältnisse hin-
gewiesen wird, so ist damit noch nicht gesagt, dass die Benüt-
zung des Ausdruckes der besonderen Art der Verträge nicht
sehr zweckmässig wäre. Die Bezeichnung der Art der Verträge,
der besonderen Vertragsart dient sehr häufig in willkommener

Weise dazu, die Ausdrucksweise des Gesetzes zu vereinfachen. Da bei Geschäften stets auch vertragliche Regelung der Rechtsverhältnisse vorhanden ist, bestehen in bezug auf die gesetzliche Regelung stets sog. Vertragsverhältnisse, und zur Kennzeichnung dieser besonderen Vertragsverhältnisse kann vorzüglich die Vertragsart dienen. So kann im Gesetze, statt die Beteiligten zu bezeichnen, «Verkäufer», «Vermieter», «Frachtführer», «Absender», «Borger», «Entlehner», «Hinterleger», «Aufbewahrer», u. a. oder die Merkmale der Geschäfte unmittelbar zu bezeichnen, wie «bei Käufen», «bei Miete», «bei Schenkung», kann die Vertragsart besonders hervorgehoben werden «bei Kaufverträgen», «bei Mietverträgen», «bei Dienstverträgen», «bei Werkverträgen», «bei Verpfändungsverträgen», wobei noch gerade auf die Besonderheit des Bestehens einer vertraglichen Regelung Bezug genommen wird. In dieser Weise ist die Verwendung der Bezeichnungen der besonderen Vertragsarten oft von grossem Vorteil und ermöglicht häufig besondere Verhältnisse kürzer als durch Umschreibungen in einem Worte sogar zu kennzeichnen. Dies ist besonders wichtig dort, wo andere passende Ausdrücke fehlen, so etwa «bei Dienstverträgen», man vergleiche hiezu auch die Titel zu OR 219, 363, 280, 440, 472 u. a. Die einzig vorhandene Erwähnung des Ausdruckes Vertragsart im Gesetze in OR 394 kann in dieser Weise verstanden werden, gerade dort wäre eine andere Umschreibung wohl sehr schwierig.

So kann aber auch oft mit Vorteil von besonderen, ähnlichen, anderen Vertragsarten gesprochen und besondere, ähnliche und andere Vertragsverhältnisse damit bezeichnet werden. Man vergleiche hiezu Guhl S. 145 bis 146 und 186, 187, sowie Oser zu OR 184, 237 usf. Der Name der Verträge und die Umschreibung der Art sind dabei nicht unmittelbar wesentlich, sondern nur die durch diese gekennzeichneten besonderen Verhältnisse. BGE 15 II 840, 60 II 335.

Nach diesen Ausführungen gelangt man von selbst von den sog. gemischten Verträgen zu den Geschäften gemischter Art und den sog. gemischten Vertragsverhältnissen, wobei die besondere Natur der Geschäfte das Hauptmerkmal dieser besonderen Verhältnisse darstellt.

III. ABSCHNITT:

Die Regelung der Rechtsverhältnisse nach der besonderen Natur der Geschäfte.

Im vorliegenden Abschnitt wurde dargestellt, dass für den Inhalt der Verträge wie für die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen nicht eigentlich die Art der Geschäfte, oder die Art der Verträge, sondern eher die Natur, Eigenart der Geschäfte ausschlaggebend ist. Nicht die Eigenart der Geschäfte, wie sie für den Vergleich der einzelnen Geschäfte zu einander wichtig ist, die Art, sondern die Eigenart der Geschäfte, wie diese für sich alleine gekennzeichnet werden, der einzelnen Geschäfte wie sie vorliegen, die *Natur der Geschäfte*, ist für die vertragliche wie für die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse ausschlaggebend.

Wie oben im I. Abschnitt ausgeführt, kennzeichnen sich die Geschäfte gemischter Art meist durch die mehreren verschiedenartigen Leistungen. Während bei Betrachtung der gemischten Art die Verschiedenartigkeit der einzelnen Leistungen im Vordergrund steht, ist bei Betrachtung der besonderen Natur der Geschäfte nicht die verschiedene Art, sondern die besondere Art der einzelnen Leistungen der Geschäfte wichtig. Die Geschäfte gemischter Art kennzeichnen sich in ihrer besonderen Natur somit hauptsächlich durch die *mehreren Leistungen besonderer Art*. Durch die gemischte Art wird aber die Natur der Geschäfte nur soweit gekennzeichnet, als dann feststeht, dass sie aus mehreren Leistungen besonderer Art bestehen, anderes von der Eigenart der Geschäfte ist dadurch jedoch nicht festgelegt.

Weil so, wie oben dargestellt, die gemischte Art der Geschäfte in deren besonderen Natur aufgeht, und weil die ge-

mischte Art der Geschäfte meist vorhanden ist, wenn die Geschäfte aus mehreren Leistungen besonderer Art bestehen, ist leicht verständlich, dass man geneigt sein kann, statt den Rechtsverhältnissen bei Geschäften gemischter Art, oder bei sog. gemischten Verträgen, die Rechtsverhältnisse bei Geschäften mit mehreren Leistungen besonderer Art zu betrachten. So behandelt in der Tat Oser auf S. 782 und 783 seines Kommentars zum OR in den Vorbemerkungen zur zweiten Abteilung des Gesetzes, dem sog. besonderen Teil des OR, unter dem Titel «Die Rechtsverhältnisse bei gemischten Geschäften», oder «bei gemischten Verträgen» die Rechtsverhältnisse bei Geschäften mit mehreren Leistungen besonderer Art. Man vergleiche auch Guhl S. 146, v. Tuhr S. 218.

Die besondere Natur der Geschäfte gemischter Art, wie sie durch die mehreren Leistungen besonderer Art gekennzeichnet ist, stellt für die vertragliche und für die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse eine *Besonderheit* dar, die naturgemäss meist auch besonderer Beachtung bedarf. Die Art und Weise der Berücksichtigung der besonderen Natur der Geschäfte in der vertraglichen und in der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse sei daher hier näher betrachtet. Auf die Einzelheiten der Rechtsverhältnisse nach der besonderen Natur der Geschäfte gemischter Art sei jedoch erst im nächsten Kapitel näher eingegangen.

1. Die Berücksichtigung der Natur der Geschäfte bei der Regelung der Rechtsverhältnisse im allgemeinen.

Bei der Regelung der Rechtsverhältnisse werden neben der Natur der Geschäfte auch noch die vorliegenden Umstände und die mit der Regelung der Rechtsverhältnisse verfolgten Zwecke berücksichtigt. Dabei werden vernünftigerweise die Natur der Geschäfte und die vorliegenden Umstände meist soweit aber auch *nur soweit* berücksichtigt, als dies für die jeweilige Regelung nach den mit diesen verfolgten Zwecken notwendig ist.

Bei Geschäften aus mehreren Leistungen besteht die besondere Natur der Geschäfte, die für die Regelung der Rechtsverhältnisse erheblich sein kann, in der Art, dem Umfange und der Zusammengehörigkeit aller einzelnen Leistungen oder auch nur einzelner Leistungen oder auch nur einzelner Merkmale derselben. Die Umstände, die erheblich sein können, sind bei Geschäften äusserst vielfältig. Es versteht sich von selbst, dass besondere Natur der Geschäfte, besondere Umstände, sowie besondere mit der Regelung verfolgte Zwecke oft besondere Regelung der Rechtsverhältnisse erfordern.

a) Während die bei der Regelung der Rechtsverhältnisse erhebliche Natur der Geschäfte für die vertragliche und für die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse dieselbe ist, sich bloss etwa im Umfange ihrer Erheblichkeit unterscheidet, sind die für die Regelung erheblichen besonderen Umstände und ganz besonders die mit der Regelung verfolgten Zwecke für die vertragliche und für die gesetzliche Regelung sehr verschieden. Denn die Einzelnen berücksichtigen in ihrer vertraglichen Regelung diejenige besondere Natur der Geschäfte und diejenigen vorliegenden Umstände, die für ihre vertragliche Regelung der Rechtsverhältnisse nach den Zwecken, die sie nach ihren Interessen verfolgen, erheblich sind. Der Gesetzgeber hingegen verfolgt die Zwecke, die den Interessen der Gesamtheit, der Oeffentlichkeit entsprechen, er vertritt das öffentliche Interesse, jedoch auch, aber nur in diesem Rahmen, die Interessen der Einzelnen, und berücksichtigt daher diejenige Natur der Geschäfte und diejenigen Umstände, die nach diesen von ihm verfolgten Zwecken für seine gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse erheblich sind.

Die Zwecke, die die Einzelnen in ihrer vertraglichen Regelung der Rechtsverhältnisse verfolgen, sind meist nur solche, die ihren eigenen Interessen entsprechen. Diese bestehen bei Geschäften hauptsächlich darin, die Ausführung der Geschäfte zu sichern und zu regeln, um sich vor Schaden zu bewahren oder den Vorteil bei der Ausführung der Geschäfte sicherzustellen, damit aber auch, Streitigkeiten zu ver-

meiden u. a. Der Gesetzgeber jedoch verfolgt bei der Regelung der Rechtsverhältnisse bei Geschäften der Einzelnen meist solche Zwecke, die den Interessen der Gesamtheit, der Öffentlichkeit, aber auch den Interessen der Einzelnen, entsprechen, besonders für den Schutz der Schwachen, Abhängigen, Unbesonnenen. So etwa die Erhaltung von Ruhe und Ordnung, die möglichste Verhinderung von Betrügereien, den Schutz der guten Sitte und des Anstandes allgemein und im Geschäftsverkehr, die Schaffung klarer Verhältnisse zur Vermeidung von Rechtsstreiten und für die Rechtssicherheit u. a. Diese vom Gesetzgeber auch im Interesse der Einzelnen verfolgten Zwecke sind bei Geschäften besonders häufig und wichtig. Man vergleiche hiez u die Aufzählung der im ZGB hauptsächlich verfolgten Zwecke bei Tuor S. 16, sowie für die Gegenüberstellung der Interessen der Einzelnen und der Interessen der Gesamtheit S. 69.

b) Dies soeben unter a ausgeführte scheint selbstverständlich zu sein und einer Erwähnung nicht wert. Es hat jedoch für die Rechtsverhältnisse bei Geschäften besondere Bedeutung, weil zu diesen die Verträge und das Gesetz oft unklar und unvollständig sind und dann ausgelegt und ergänzt werden müssen. Denn für eine sinngemässe, dem Bestehenden entsprechende, den vorliegenden Verhältnissen angemessene Auslegung und Ergänzung der Verträge und des Gesetzes sind die Natur der Geschäfte, die vorliegenden Umstände und die verfolgten Zwecke in der gleichen Weise zu beachten, wie sie vernünftigerweise bei der Aufstellung der Verträge und des Gesetzes berücksichtigt werden. Vernünftigerweise werden nun aber die Natur der Geschäfte und die vorliegenden Umstände stets so weit aber auch bloss so weit berücksichtigt, als dies nach dem mit der jeweiligen Regelung der Rechtsverhältnisse verfolgten Zwecke notwendig ist.

Für die Auslegung der Verträge ist sowohl im Sinne von OR 18 als «wirklicher Wille» dasjenige zu verstehen, was die Vertragschliessenden vernünftigerweise unter Beachtung der Natur der Geschäfte und der vorliegenden Umstände nach den mit ihrer vertraglichen Regelung verfolgten Zwecke vereinbar-

ten. Für die Ergänzung der Verträge bestimmt OR 2 Abs. 2, dass die Natur der Geschäfte dabei zu berücksichtigen sei, wobei wohl die Berücksichtigung der erheblichen Umstände als selbstverständlich betrachtet wird. Da natürlich hiebei die Interessen der Einzelnen abzuwägen sind, sind auch die von diesen verfolgten Zwecke auch zu berücksichtigen. Man vergleiche hiezu Guhl S. 56, Oser S. 124, v. Tuhr S. 241.

Zur Ergänzung des Gesetzes ist nach ZGB 1, Abs. 2. «wenn dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden kann, nach der Regel zu entscheiden, die der Richter als Gesetzgeber aufstellen würde». Als Gesetzgeber würde der Richter aber die Natur der Geschäfte und die vorliegenden Umstände in gleicher Weise und zwar nach denselben vom Gesetzgeber verfolgten Zwecken berücksichtigen, wie dies der Gesetzgeber vernünftigerweise tun würde. Nur so ergibt sich eine wirklich sinn-gemässe, dem Bestehenden angepasste Ergänzung des Gesetzes. Aber es gilt auch dasselbe für die Auslegung des Gesetzes. Die Natur der Geschäfte und die vorliegenden Umstände sind in gleicher Weise zu beachten, wie dies der Gesetzgeber bei Aufstellung des Gesetzes vernünftigerweise tun würde, im besonderen sind daher auch dieselben Zwecke zu berücksichtigen, die der Gesetzgeber berücksichtigt hat. Nur so ergibt sich auch eine dem Bestehenden wirklich angepasste, sinn-gemässe Auslegung des Gesetzes. So Tuor S. 32: «Bei der Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung kommt es vor allem darauf an, welchen Zweck sie erfüllen soll, auf die sog. *ratio legis*». Was für den «schwerwiegenderen Fall», dass das Gesetz zu ergänzen sei, gilt, wird wohl erst recht für den «harmloseren» gelten, für die Auslegung des Gesetzes. Tuor S. 30 und 32. Die Regel, dass das Gesetz so gelte, wie es nach den vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke Sinn habe, und dass es daher nach seinem Zwecke auszulegen sei, stellte schon Aristoteles auf. Aristoteles, Ethik V 4c: «Wenn ein Gesetz zu allgemein laute und deshalb nicht auf einen Fall passe, solle man die Auslassung so verbessern, wie der Gesetzgeber selber, wenn er da wäre und den Fall sähe, es sagen und gesetzlich bestimmen würde».

Damit ergibt sich nun aber auch, dass für die Auslegung und für die Ergänzung der Verträge oder des Gesetzes die jeweils vorliegenden besonderen Verhältnisse in gleicher Weise zu berücksichtigen sind. Bei beiden ist deren Erheblichkeit und Wichtigkeit nach den mit der jeweiligen Regelung verfolgten Zwecken die gleiche. Dies ist bei Geschäften sehr wichtig, denn dort ergibt sich häufig, wie noch dargelegt werden wird, keine scharfe Grenze zwischen Auslegung und Ergänzung sowohl der Verträge als des Gesetzes, denn beide, Auslegung und Ergänzung, gehen oft sehr ineinander über.

Für die Auslegung und die Ergänzung sind die vertragliche und die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse streng auseinander zu halten. Wird der Inhalt der Verträge ermittelt oder ergänzt, so sind die besonderen vorliegenden Tatsachen, die Natur der Geschäfte und die vorliegenden Umstände so zu beachten, wie sie für die vertragliche Regelung der Rechtsverhältnisse nach den Zwecken, die die Einzelnen verfolgen, erheblich sind, und die Zwecke selber, nach ihren Interessen. Wird jedoch der Inhalt des Gesetzes ermittelt oder ergänzt, so sind diejenigen Zwecke wichtig, die der Gesetzgeber verfolgt, und danach diejenige Natur der Geschäfte und diejenigen vorliegenden Umstände, die für diese gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse nach den von diesem verfolgten Zwecken erheblich sind.

Im einzelnen ist jedoch für die gesetzliche und für die vertragliche Regelung der Rechtsverhältnisse bei besonderer Natur der Geschäfte noch folgendes zu beachten.

2. Die vertragliche Regelung der Rechtsverhältnisse nach der besonderen Natur der Geschäfte.

Für die vertragliche Regelung der Rechtsverhältnisse stellt, wie erwähnt, die besondere Natur der Geschäfte gemischter Art neben den besonderen vorliegenden Umständen und den besonderen mit der Regelung verfolgten Zwecken eine Besonderheit dar, der die Regelungen meist anzupassen sind und an-

gepasst werden. Für die Berücksichtigung der Natur der Geschäfte und der vorliegenden Umstände in der vertraglichen Regelung der Rechtsverhältnisse ist jedoch ein **Rechtsgrundsatz** besonders wichtig. Nach ihm ergibt sich selbstverständliche und sehr umfassende Berücksichtigung der Natur der Geschäfte und der vorliegenden Umstände nach den mit der vertraglichen Regelung verfolgten Zwecken.

a) Dieser für die vertragliche Regelung der Rechtsverhältnisse wichtige Rechtsgrundsatz besteht darin, dass in der Regel die Erklärungen der Einzelnen einander so und bloss so gelten, wie sie jeweils der andere nach Treu und Glauben auffassen kann. Wesentlich ist, dass sie so gelten, wie sie jeweils der andere und überdies und besonders wichtig, wie sie dieser andere nach Treu und Glauben auffassen kann.

Da der Begriff von Treu und Glauben für diese Untersuchungen nicht genügend klar ausgearbeitet vorliegt, er aber für die Betrachtung der Rechtsverhältnisse bei Geschäften unbedingt notwendig ist, muss im folgenden auf ihn kurz näher eingetreten werden. Bezeichnend für den Begriff von Treu und Glauben und, wie sich noch zeigen wird, auch notwendig ist die Verbindung von Treu, Vertrauen mit Glauben, gutem Glauben. Dies kommt in den Wendungen nach Treu und Glauben, in guten Treuen, schon äusserlich zum Ausdruck. Die Verbindung des Vertrauens und des guten Glaubens ist sehr eng, und das Vertrauen und der gute Glauben stehen in sehr engem Zusammenhange, denn Vertrauen ist meist nur bei Gutgläubigkeit berechtigt und Gutgläubigkeit nur bei Vertrauen. Nach Treu und Glauben heisst daher etwa soviel wie «gutgläubig vertrauend und vertrauend gutgläubig». Diese doppelte Abhängigkeit des Vertrauens und des guten Glaubens von einander, wenn man hier von einer Abhängigkeit sprechen kann, ist für die enge Verbindung der beiden Bestandteile des Begriffes nach Treu und Glauben kennzeichnend. Man vergleiche hiezu die ähnlichen Ausführungen bei Guhl, S. 56 und 57, bei Oser S. 56 N. 51, 38 N. 63, 124 N. 24; bei Tuor S. 41 und 42; bei v. Tuhr S. 141, 241, 244, 245, 250.

Der Zweck dieses Grundsatzes, dass die Erklärungen der Einzelnen einander so und bloss so gelten, wie sie jeweils der andere nach Treu und Glauben auffassen kann, ist höchst einfach und höchst wichtig. Die Anwendung dieses Grundsatzes und nur dieses ermöglicht bei Erklärungen der Einzelnen einander den Schutz des Vertrauens und des guten Glaubens, wahrlich beides schutzwürdige Güter. Der Einzelne soll geschützt werden solange er gutgläubig ist in seinem Vertrauen und solange er vertrauen darf in seinem guten Glauben. Für den Begriff von Treu und Glauben ist die Verbindung von Vertrauen und gutem Glauben so kennzeichnend und so notwendig, weil der erwähnte Schutz des Vertrauens und des guten Glaubens mit Sinn nur in deren Verbindung gewährt werden kann. Geschützt sei Vertrauen nur bei gutem Glauben und guter Glaube nur bei Vertrauen. Gewährt sei nur Schutz dem gutgläubig Vertrauenden, wenn er vertrauend gutgläubig ist, und dem vertrauend Gutgläubigen, wenn er gutgläubig vertraut. Wo der Schutz des guten Glaubens und des Vertrauens in ihrer Verbindung notwendig ist, wird meist der Begriff und der Ausdruck nach Treu und Glauben verwendet, weil er dort notwendig ist.

Dieser Grundsatz, dass die Erklärungen der Einzelnen so gelten, wie sie jeweils der andere nach Treu und Glauben erkennen kann, ergibt sich, ausser aus der oben erwähnten Notwendigkeit des Schutzes des guten Glaubens und des Vertrauens in ihrer Verbindung, auch nach der Regel vom ZGB 2, dass jedermann nach Treu und Glauben zu handeln habe. Denn wenn jeder nach Treu und Glauben zu handeln hat, so hat jeder auch die Erklärungen des andern nach Treu und Glauben aufzufassen und auszulegen und wird, wenn er dies unterlässt, nicht geschützt. Dabei hat der Erklärende sich auch nach Treu und Glauben zu verhalten und nach Treu und Glauben so zu erklären, dass der andere nach Treu und Glauben die Erklärung richtig auffassen kann, unterlässt er dies, so wird auch er nicht geschützt. In ZGB 2 wird aber der Begriff von Treu und Glauben nicht mehr umschrieben, jedoch hat auch die oben angeführte Begriffsumschreibung nach

dem notwendigen Zwecke dessen Verwendung so und bei näherer Betrachtung nur so Sinn. Man vergleiche hiezu auch OR 24, 25, 48, 156, 336, 552, 415, Oser S. 124 N. 24, Abs. 2, Tuor S. 42.

b) Die Anwendung dieses Grundsatzes und bloss dieses ermöglicht die umfangreichen und genauen Erklärungen der Einzelnen einander durch bloss sehr einfaches besonderes Verhalten, in Worten so knapp und selbst stillschweigend, wie sie, ohne Missverständnisse entstehen zu lassen, gebräuchlich sind. Solches ist nämlich nur bei weitgehendstem Schutz des guten Glaubens und des Vertrauens in ihrer Verbindung möglich. Denn nach Treu und Glauben gilt alles das, was der andere weiss, wenn der andere weiss, dass der eine es weiss, oder mit andern Worten, was dem anderen bekannt ist und der eine davon Kenntnis hat, als Grundlage für jede Erklärung. Diese Kenntnis von den gegenseitig bekannten Tatsachen findet nur über den Grundsatz von Treu und Glauben ihren selbstverständlichen Niederschlag, denn der eine wie der andere soll in seinem gutgläubigen Vertrauen und im vertrauenden guten Glauben zu diesen Kenntnissen geschützt werden.

Würde dieser Grundsatz nicht anerkannt und auch der gute Glaube und das berechtigte Vertrauen nicht so weitgehend geschützt, so müssten die Einzelnen, um geschützt zu sein, ihre Erklärungen stets so abfassen, dass auch ein Dritter, etwa der Richter, die Erklärungen richtig verstehen würde, wie wenn sie an ihn gerichtet wären, was im Verkehre eine Unmöglichkeit wäre. Die Erklärungen sollen stets so gelten, wie sie der andere an den sie gerichtet sind, und nicht so, wie irgend ein Dritter, an den die Erklärung nicht gerichtet ist, etwa der Richter selber, auffassen kann. Der Richter hat natürlich bei Ermittlung der Erklärungen die schwierige Aufgabe, die beim Festhalten am Schutze des berechtigten Vertrauens und des guten Glaubens der Einzelnen nicht umgangen werden kann, sich in die Lage der Einzelnen hineinzudenken und zu ermitteln, was die Einzelnen einander nach Treu und Glauben erklärten.

Bei Geschäften ist dabei stets dasjenige erklärt, was unter gegenseitiger Berücksichtigung der gegenseitigen Kenntnis von der Natur der Geschäfte und den für die Regelung der Rechtsverhältnisse erheblichen Umständen und den mit der Regelung der Rechtsverhältnisse nach den jeweiligen Interessen der Einzelnen verfolgten Zwecken vom andern verstanden werden kann. Nach diesem Rechtsgrundsatz gelten die Natur der Geschäfte, die vorliegenden Umstände und die verfolgten Zwecke soweit diese gegenseitig bekannt und auch dies gegenseitig bekannt ist als Grundlage für die Erklärungen der Einzelnen einander. Dadurch wird sehr wichtig, was der eine wie der andere neben der Erklärung schon weiss oder was er bei gehöriger Aufmerksamkeit, um fahrlässiges Verhalten nicht zu entschuldigen, wissen sollte.

Da gerade die nach Treu und Glauben wichtigen Tatsachen, was nämlich der eine oder der andere weiss, die Kenntnis von den erheblichen Tatsachen, natürlich oft äusserst schwer beweisbar sind, ist besonders wichtig, dass auch fahrlässiges Verhalten nicht entschuldigt werde, wodurch auch noch dasjenige gilt, was der andere bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit wissen oder kennen sollte. Daher lautet der Ausdruck häufig «was er weiss oder wissen sollte» oder «was ihm bekannt oder erkennbar war». Man vergleiche hiezu Guhl S. 61, 77, 160, Oser S. 36 N. 51, v. Tuhr S. 241, und OR 26, 28, 29, 195, 197, 200, 273, 283, sowie etwa BGE 32 II 286, 44 II 505, 54 II 373, 63 II 241, 65 II 29. In 65 II 29 handelt es sich darum, ob dem einen bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennbar war, dass der andere nicht selber Kaufmann sei und nur ein blosses Börsenspiel beabsichtige.

c) Hier erhebt sich notgedrungen die Frage nach den Schwierigkeiten für den Beweis des Inhaltes der Erklärungen. Der Inhalt der Erklärungen, wie ihn der andere nach Treu und Glauben auffassen kann, ist überhaupt nicht unmittelbar beweisbar. Selbst mit den üblichen knappen Worten einer schriftlichen Niederlegung ist der Inhalt der Erklärungen noch nicht unbedingt festgelegt, sie erhalten meist ihren richtigen Sinn erst nach den Umständen, unter denen

sie abgegeben worden sind, soweit diese gegenseitig bekannt oder erkennbar sind. Dem Richter dargelegt, und wenn bestritten bewiesen, müssen daher stets neben der reinen Erklärungshandlung auch noch alle jene Umstände, die dem Richter erlauben, den richtigen Inhalt der Erklärung, wie sie der andere nach Treu und Glauben auffassen kann, zu erkennen. Oser S. 95 N. 7, BGE 23 II 1689.

Diese Ansicht wird vom Bundesgericht dadurch bestätigt, dass es erklärte, dass die Ermittlung des Inhaltes der Erklärungen eine sog. *Rechtsfrage* und nicht eine sog. *Tatfrage* sei, über welche das Bundesgericht, unter freier Würdigung der vorliegenden Tatsachen, zu urteilen habe. Zu dieser Auffassung ist jedoch das Bundesgericht erst durch eine Aenderung seiner Rechtsprechung gelangt. Die ältere Auffassung bestand darin, dass die Ermittlung des Inhaltes der Erklärungen der Einzelnen einander eine *Tatfrage* sei, daher wenn bestritten bewiesen werden müsse, und die Feststellungen der unteren Instanzen über diesen Inhalt der Erklärungen für das Bundesgericht massgebend seien und nicht mehr überprüft werden können. OG 81, Abs. 1. Nach der neueren Auffassung ist jedoch nur noch *Tatfrage* die Ermittlung der eigentlichen Erklärungshandlungen, das besondere Verhalten des Erklärenden und das Erkennbarsein dieser Erklärungshandlungen für den andern, sowie die massgebenden vorliegenden Umstände, nicht aber der Inhalt der Erklärungen, der als *Rechtsfrage* aus jenen Tatsachen vom Gerichte unter freier Würdigung dieser festzustellen ist. Für diese Aenderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes vergleiche man dessen Geschäftsbericht für das Jahr 1900 im BBl. 1901, 2, S. 98 und die seither gefällten Entscheide, statt vieler etwa 25 II 478, 57 II 174, 63 II 241. Auch Oser S. 125 N. 28, und Weiss S. 175, 216 ff., 253.

Für die Ermittlung des Inhaltes der Erklärungen der Einzelnen einander als *Rechtsfrage* sind aber zwei prozessuale Grundsätze besonders wichtig, die eng zusammen gehören. Der eine ist der Grundsatz der *freien Tatsachenwürdigung*. Bern. ZPO 219 und OG 81 Abs. 2, BZP 151, OG 22. »In bezug auf die rechtliche Würdigung der Tatsachen ist das

Bundesgericht frei». OG 81 Abs. 2. Dabei werden auch in freier Beweiswürdigung die bestrittenen aber bewiesenen Tatsachen nicht anders behandelt als die unbestrittenen nicht beweisbedürftigen. Dieser Grundsatz erhält jedoch erst seine volle Wirkung im Prozesse durch den anderen, der die Zulässigkeit des Parteiverhörs und der Beweisaussage betrifft. Bern. ZPO 89, 273, 274, 279, 280, 281, und OG 82, BZP 179, OG 22. Der Richter darf nach den ihm für die rechtliche Würdigung der vorliegenden Verhältnisse erheblich scheinenden besonderen Tatsachen die Parteien verhören, sie nach den ihm wesentlich erscheinenden Tatsachen unter Straffolge ausfragen, um sich in die Lage zu versetzen, den Inhalt der Erklärungen, wie ihn jeweils der andere auffassen kann, zu erkennen. In Anbetracht des Grundsatzes der freien Tatsachenwürdigung durch den Richter und dessen Befugnis, die Ermittlung der ihm erheblich scheinenden Tatsachen selber veranlassen zu dürfen, ergeben sich für den Nachweis und die Ermittlung des Inhaltes der Erklärungen, wie sie nach Treu und Glauben bestehen, aus der besonderen Beweislage nicht die Schwierigkeiten, die auf den ersten Blick zu erwarten wären. Matti, S. 1087, 1088, und 1091 und S. 1073 Ziff. 5 b und 1074 Ziff. 8, 9.

d) Die Verträge bestehen nun stets auch soweit, als sich deren Inhalt nach den Erklärungen der Einzelnen einander, wie sie jeweils der andere nach Treu und Glauben auffassen kann und darf, ergibt. Sie bestehen also stets soweit, als sie sich nach Treu und Glauben ergeben. Nach Treu und Glauben ist bei Geschäften stets dasjenige vereinbart, was sich nach der Natur der Geschäfte, den vorliegenden Umständen und den mit der vertraglichen Regelung verfolgten Zwecke, soweit diese gegenseitig bekannt oder erkennbar sind, und auch dies gegenseitig bekannt ist, ergibt. Nach Treu und Glauben werden meist die Natur der Geschäfte und die vorliegenden Umstände und die mit der Regelung der Rechtsverhältnisse verfolgten Zwecke in sehr weitgehender Weise berücksichtigt, denn alle diese sind meist sehr weitgehend beidseitig bekannt oder erkennbar und auch dies selbst auch weitgehend gegenseitig bekannt oder erkennbar.

Der nach Treu und Glauben bestehende, stillschweigend sich ergebende Vertragsinhalt geht meist weit über dasjenige hinaus, was ausdrücklich vereinbart wurde, oder gar, was schriftlich festgelegt wurde, selbst dann, wenn nur das gelten solle, was schriftlich vereinbart sei. Denn vieles ist so selbstverständlich, dass es nach Treu und Glauben keiner Erwähnung zu seiner Geltung bedarf. Nach der besonderen Natur der Geschäfte und der vorliegenden Umstände, soweit diese gegenseitig bekannt sind, und den bekannten oder erkennbaren Interessen der Einzelnen und den diesen entsprechenden verfolgten Zwecken hat oft nur ein besonderer Inhalt der Verträge vernünftigen Sinn. Guhl S. 56, 193, Oser S. 124 N. 24 und N. 26.

Eine ausdrückliche besondere Vereinbarung ist nur dort notwendig, wo sie sich nicht eindeutig nach Treu und Glauben ergibt oder wo sie für besondere Klarheit besonders festgelegt werden soll, etwa auch für Vereinfachung des Beweises. Welcher Zeitverlust und welche unnütze Mühe wäre, für jede Besonderheit eine besondere ausdrückliche vertragliche Bestimmung aufzustellen, und welches Misstrauen dem anderen gegenüber würde ein solches Ansinnen ausdrücken. Als Beispiel diene etwa der Fall von BGE 63 II 241, wo die Uebernahme der Verwaltung der Werttitel durch die Bank bei Anlass deren Aufbewahrung nach Treu und Glauben deswegen bindend ist, weil die von den Banken gepflegte Uebung diese Verwaltung unentgeltlich zu besorgen dem anderen bekannt oder erkennbar war und dies auch die Bank wusste oder wissen konnte.

Damit ist naturgemäss bei der Auslegung der Verträge stets zu ermitteln, was nach Treu und Glauben vereinbart wurde, unter Berücksichtigung der Natur der Geschäfte, den vorliegenden Umständen und den mit der Regelung der Rechtsverhältnisse verfolgten Zwecken, soweit diese gegenseitig bekannt oder erkennbar waren.

e) Obschon sich der Inhalt der Verträge oft sehr weitgehend nach Treu und Glauben, durch selbstverständliche Berücksichtigung der Natur der Geschäfte und der vorliegenden Umstände und den mit der Regelung verfolgten Zwecke, soweit

diese gegenseitig bekannt sind, ergibt, sind die Verträge doch meist auch unvollständig, entweder weil über einen besonderen Punkt eine besondere ausdrückliche Vereinbarung fehlt oder weil eine solche auch nach Treu und Glauben nicht zustande kam, etwa weil nicht alle erheblichen Tatsachen gegenseitig genügend bekannt oder erkennbar waren, oder eine Einigung hierüber infolge mangelnden gegenseitigen Nachgebens nicht zustande kam. Bei dieser E r g ä n z u n g der Verträge hat nun aber der Richter, wenn sich die Einzelnen nicht nachträglich einigen können, ebenfalls nach der Natur der Geschäfte und nach den vorliegenden Umständen zu entscheiden unter Abwägung der Interessen der Einzelnen, aber damit auch unter Berücksichtigung der von diesen mit dieser vertraglichen Regelung verfolgten Zwecken. Bloss so ergibt sich, wie oben erwähnt, eine dem Bestehenden und den vorliegenden Verhältnissen angepasste Ergänzung der Verträge. OR 2. Hiezu Guhl S. 58, Oser S. 42, 43, v. Tuhr S. 168. BGE 51 II 309, 57 II 174.

Besonders oft sind die Verträge bei v e r ä n d e r t e n V e r h ä l t n i s s e n zu ergänzen. In bezug auf solche veränderte Verhältnisse sind die Verträge sehr oft lückenhaft und werden lückenhaft gelassen, weil nicht für jede Besonderheit, die im Laufe der Zeit vorkommen könnte, eine besondere ausdrückliche oder stillschweigende Regelung getroffen werden kann. Bei Geschäften können die veränderten Verhältnisse in veränderter Natur der Geschäfte selber, in veränderten Umständen oder in veränderter Interessenlage bestehen. Wird bei Vertragsschluss die Möglichkeit solcher besonderer, veränderter Verhältnisse gegenseitig erkennbar berücksichtigt, so ergibt sich oft für solche in Betracht gezogene veränderte Verhältnisse eine diesen angepasste Regelung der Rechtsverhältnisse nach Treu und Glauben. Dies ist selbst bei ausdrücklicher Regelung der Rechtsverhältnisse für besondere Verhältnisse wichtig, indem oft gegenseitig bekannt oder erkennbar ist, dass die ausdrücklich vereinbarte Regelung nicht auch für so veränderte Verhältnisse gelten solle, aber sich die diesen entsprechende Regelung nach Treu und Glauben eindeutig ergibt. Man vergleiche BGE 33 II 576, 47 II 314, 59 II 273, 60 II 209. In 47 II 314

ist ausdrücklich festgestellt, dass, wenn nicht das Ganze aufgelöst wird, was hier nicht begehrt wurde, der Mieter für die erhöhten Kosten der Heizung der Mietsache durch den Vermieter diesem ein erhöhtes Entgelt zu entrichten habe, da das vereinbarte Entgelt billigerweise, nach Treu und Glauben, nicht auch für solch veränderte Verhältnisse fest bestimmt worden sei. Dies entsprechend 373 Abs. 2 OR.

Für solche veränderte Verhältnisse ergibt sich aber auch sehr häufig eine diesen angemessene Regelung der Rechtsverhältnisse weder ausdrücklich noch stillschweigend, nach Treu und Glauben. Dies dann, wenn die Möglichkeit der so veränderten Verhältnisse gar nicht berücksichtigt wurde oder wo eine solche Berücksichtigung nicht gegenseitig erkennbar war. Dann sind die Verträge, wenn die Einzelnen sich nicht selber einigen können, durch den Richter unter Abwägung ihrer Interessen zu ergänzen, unter Beachtung der veränderten Natur der Geschäfte oder der veränderten Umstände, sowie unter Berücksichtigung der von den Einzelnen mit ihrer vertraglichen Regelung der Rechtsverhältnisse verfolgten Zwecke. Der Richter hat zu entscheiden, wie die Einzelnen das Fehlende vernünftigerweise vereinbart hätten, wenn sie den eingetretenen Lauf der Dinge in Betracht gezogen hätten. 59 II 273. Hiezu Tuor S. 42, BGE 33 II 576, 47 II 314, 51 II 309, 59 II 273, 59 II 372, 60 II 209. In 59 II 273 wird besonders auf die Nichtvoraussehbarkeit trotz pflichtgemässer Aufmerksamkeit hingewiesen, «billigerweise nicht voraussehbare Umstände», ebenso in 60 II 209 und 33 II 576. In 59 II 372 wird die richterliche Anpassung der vertraglichen Regelung an die veränderten Umstände besonders erwähnt, ebenso in 51 II 309 und 47 II 314.

3. Die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse nach der besonderen Natur der Geschäfte.

Auch in der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse wird die besondere Natur der Geschäfte gemischter Art, wie sie durch die mehreren Leistungen verschiedener Art gekenn-

zeichnet ist, neben den vorliegenden besonderen Umständen oft besonders berücksichtigt. Dabei ist jedoch eine Besonderheit der Art und Weise der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse hiefür besonders zu beachten.

a) Diese Besonderheit besteht darin, dass im Gesetz bei der Regelung besonderer Verhältnisse die Gesetzesbestimmungen oft nicht in ihrer knappsten Gestalt vorhanden sind, sondern schon als Anwendungen auf die häufigsten, wichtigsten besonderen Verhältnisse, die gerade zu einer besonderen Regelung Anlass gaben. Dadurch bestehen im Gesetze nur eine Anzahl besonderer Regelungen einzelner besonderer Verhältnisse und die anderen, diesen ähnlichen, besonderen Verhältnisse sind nur insofern auch geregelt, als die Regelungen der besonderen Verhältnisse oft sinngemäss auch für diese anderen besonderen Verhältnisse gelten sollen.

Der Grund für diese Art und Weise der Regelung der Rechtsverhältnisse liegt darin, dass es oft für den Gesetzgeber leichter und einfacher ist, Bestimmungen für einzelne besondere Verhältnisse aufzustellen und anzuordnen, dass andere ähnliche Verhältnisse diesen entsprechend zu beurteilen seien, als die nackte, alle jeweils gleichen besonderen Verhältnisse umfassende Regelung aufzustellen. Das Gesetz ist auch bei dieser Art und Weise der Regelung oft viel verständlicher, da oft leichter ist eine Regelung einzelner besonderer Verhältnisse zu erfassen und auf andere ähnliche Verhältnisse entsprechend zu übertragen, als eine schon allgemein gehaltene nackte Regelung auf die besonderen vorliegenden Verhältnisse anzuwenden. Man vergleiche hiezu die eingehenden Ausführungen bei Tuor S. 11 und 12. Diese Grundsätze gelten ebenso für das OR wie für das ZGB.

Damit ergibt sich nun aber auch, dass die entsprechende Anwendung der Bestimmungen für einzelne besondere Verhältnisse auf andere ähnliche besondere Verhältnisse oft durchaus selbstverständlich ist, da sie aus der erwähnten Art und Weise der Regelung der Rechtsverhältnisse unmittelbar hervorgeht. Diese entsprechende Anwendung ist

dann gegeben, wenn die Bestimmungen auch bei Anwendung auf die anderen ähnlichen Verhältnisse vernünftigen Sinn haben, wenn den Zwecken, die der Gesetzgeber mit den Bestimmungen verfolgt, auch bei Anwendung der Bestimmungen auf die anderen Verhältnisse gerecht wird. Man vergleiche hiezu Tuor S. 30. Hier handelt es sich ja dann stets um die Anwendung einer Bestimmung, die den «geregelten» wie den «vorliegenden» besonderen Verhältnisse angemessen ist. Die entsprechende Anwendung der Bestimmungen für besondere Verhältnisse auf andere besondere Verhältnisse ist oft auch nach ZGB 1 Abs. 2 selbstverständlich, nämlich dann, wenn für die anderen «vorliegenden» Verhältnisse doch dieselbe Bestimmung aufgestellt würde, die der Gesetzgeber für die besonderen «geregelten» Verhältnisse aufstellte. Ob nämlich eine besondere Bestimmung besonders aufgestellt oder die vorhandene gleichlautende «entsprechend» angewendet wird, kommt schliesslich auf das gleiche heraus. Tuor S. 12, Guhl S. 157, 187.

Im Gesetze sind jedoch eine Anzahl besonderer ausdrücklicher Verweisungen von den Regelungen anderer Verhältnisse auf die Regelungen besonderer, ähnlicher Verhältnisse vorhanden. OR 221, 280, 319, 364, 365, 531, 540, 543 u. a. Die meisten dienen jedoch nur der besonderen Klarheit des Gesetzes, und sind in ihrem Inhalt durchaus selbstverständlich, denn bei Fehlen der Verweisungen wäre doch nach denselben Bestimmungen zu entscheiden, weil nach ZGB 1 die Bestimmung, die der Richter als Gesetzgeber aufzustellen hätte, gleich wäre jenen, auf die verwiesen wird. Durch diese Verweisungen wird aber deren Anwendbarkeit ein für alle Mal festgelegt und ein anderer Entscheid wäre etwa aus dem Schlusse vom Gegenteil damit ausgeschlossen, indem durch die Verweisung ausdrücklich festgestellt ist, dass es sich hier um im wesentlichen gleiche Verhältnisse handelt. Diese Verweisungen sind nicht sog. Artikelverweisungen, sondern Verweisungen auf die in den einzelnen Artikeln vorhandenen Bestimmungen. Sie lauten daher meist auch: «... beurteilen sich nach den Bestimmungen über ...» oder «auf ... finden die Bestimmungen über ... entsprechende Anwendung». Das Wort «ent-

sprechend» deutet darauf hin, dass trotz der Verweisung häufig noch zu untersuchen ist, ob für die Anwendung der einzelnen Bestimmungen die Verhältnisse in ihren wesentlichen Besonderheiten dieselben sind. Für die Festlegung der wesentlichen Bestandteile der besonderen Verhältnisse sind oft die vom Gesetzgeber mit den einzelnen Bestimmungen verfolgten Zwecke zu berücksichtigen.

Hiezu ist zu beachten, dass die vorhandenen Bestimmungen des Gesetzes jedoch oft «Anziehungskraft» haben, wenn man dies so bezeichnen darf, indem deren Anwendbarkeit oft auch noch angenommen wird, wenn die für die Anwendbarkeit wesentlichen Besonderheiten schon ein wenig, in für die Anwendung eigentlich schon erheblichen Teilen, andere sind. Damit ergibt sich, dass die vorhandenen Bestimmungen oft etwas über deren eigentliches Anwendungsgebiet hinaus angewendet werden, wo bereits fraglich wird, ob man hier dem Sinne des Gesetzes durch die Anwendung dieser Bestimmungen noch gerecht wird.

b) Bei Geschäften aus mehreren Leistungen verschiedener Art bestehen oft infolge deren besonderer Natur besondere Verhältnisse, die in bezug auf die im Gesetz besonders geregelten Verhältnisse ähnliche oder andere Verhältnisse darstellen. Für die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen ist häufig besonders zu ermitteln, ob die «vorliegenden» und die «geregelten» besonderen Verhältnisse in den wesentlichen Teilen gleich oder gerade in diesen verschieden sind.

So sind etwa Gesetzesbestimmungen, bei denen die Art der Gegenleistungen für deren Anwendbarkeit nicht wesentlich ist, auch bei anderer Art der Gegenleistungen anwendbar. So sind eine Anzahl Bestimmungen über die Rechtsverhältnisse bei Kaufgeschäften, soweit nur die Art der Hauptleistung, der Sachleistung, wesentlich ist, unabhängig von der Art der Gegenleistung anwendbar. Etwa auch OR 344 und die Verweisung vom Tausch auf die Kaufsregeln OR 237. Andererseits können oft Bestimmungen, die auch besondere Art der Gegenleistungen voraussetzen, bei in wesentlichen Teilen anderer Art der Gegenleistungen nicht zur Anwendung kommen. So etwa die

Bestimmungen über die Rechtsverhältnisse, die die Gegenleistungen in Form einer Geldzahlung betreffen. OR 211 ff., 330 ff., 372 ff., u. a. Guhl S. 157.

Die Anwendbarkeit besonderer Gesetzesbestimmungen für besondere Verhältnisse, die durch besondere Natur der Geschäfte gekennzeichnet sind, auf Verhältnisse, die sich durch andere besondere Natur der Geschäfte auszeichnen, ist, wie oben erwähnt, dann gegeben, wenn die für die Anwendung der Gesetzesbestimmungen wesentlichen Besonderheiten der Natur der Geschäfte dieselben sind. Die «vorliegenden» und die «geregelten» Verhältnisse müssen auch in bezug auf die Natur der Geschäfte in ihren für die Anwendung der Gesetzesbestimmungen wesentlichen Teilen übereinstimmen, die unwesentlichen können dabei noch so verschieden sein. Welche Besonderheiten der Natur der Geschäfte aber jeweils für die unmittelbare und für die entsprechende Anwendung der Gesetzesbestimmungen wesentlich sind, kann meist nur ermittelt werden durch Berücksichtigung der vom Gesetzgeber mit den einzelnen Bestimmungen verfolgten Zwecke, durch Auslegung des Gesetzes nach seinem Zweck. Man vergleiche hiezu BGE 60 II 335, 61 II 111, 63 II 241. In BGE 61 II 111 wurde entschieden, dass es sich bei der Haftung für unrichtige Behandlung von Kieferkrankheiten durch einen Zahnarzt um Auftragsrecht handle, obschon in derselben Tätigkeit und gegen dasselbe Entgelt der Zahnarzt auch Zahnbrücken erstellte, welches als Werkherstellung zu betrachten sei, wobei für die Haftung für fehlerhafte Erstellung derselben dann Werkvertragsrecht gelte. Auch hier ist nicht die Eigenart des ganzen Geschäftes für die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen erheblich, sondern eben nur die wesentlichen Merkmale der besonderen Verhältnisse. In BGE 63 II 241 hat das Bundesgericht entschieden, dass für die Haftung für eine ohne Entgelt stillschweigend, weil üblich, übernommene Verwaltung von Werttiteln durch die Bank bei Anlass der Aufbewahrung derselben die wesentliche Natur des Geschäftes, OR 99 Abs. 2, nicht auch die entgeltliche Aufbewahrung umfasse, sondern nur die eben unentgeltliche Verwaltung.

Bei Geschäften, die aus mehreren Haupt- und Nebenleistungen besonderer Art bestehen, ist überdies häufig zu untersuchen, ob die Gesetzesbestimmungen, die für eine Hauptleistung anwendbar sind, auch bei einer Nebenleistung besonderer Art zur Anwendung kommen können. Auch hier muss oft auf die mit den Bestimmungen vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke abgestellt werden. So sind etwa die Bestimmungen über besonderen Inhalt der Dienstleistungen oder Aufbewahrungen einer Sache für einen andern, OR 328, 474, wohl auch anwendbar, wenn diese Leistungen nur Nebenleistungen sind und in bezug auf andere Leistungen derselben Geschäfte in Umfang oder Bedeutung eine Nebenstellung einnehmen. Andere Bestimmungen können aber unter Umständen bei nur nebensächlichen Dienstverhältnissen oder nur nebensächlicher Aufbewahrung einer Sache nicht anwendbar sein, etwa OR 345 ff., 475. Man vergleiche hiezu auch noch die Ausführungen im nächsten Abschnitt.

c) Die besondere Natur der Geschäfte ist aber für die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse noch dadurch sehr wichtig, dass in der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse oft die vertragliche Regelung besonders berücksichtigt wird, die selber oft schon sehr von der Natur der Geschäfte abhängig ist, wie oben unter Ziff. 2 ausführlich dargestellt. Diese Berücksichtigung der vertraglichen Regelung der Rechtsverhältnisse findet sich in den in bezug auf eine vertragliche Regelung subsidiären Gesetzesbestimmungen und den Gesetzesbestimmungen mit Vermutungen über besonderen Vertragsinhalt. Diese beiden Arten von Gesetzesbestimmungen sind gerade bei der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse zu Geschäften sehr häufig und sogar für diese kennzeichnend, weil die vorhandene vertragliche Regelung als besonderer Umstand und Teil der vorliegenden Verhältnisse bei der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse nach den vom Gesetzgeber bei diesen verfolgten Zwecken sehr häufig berücksichtigt wird. Diese von der Natur der Geschäfte abhängige vertragliche Regelung der Rechtsverhältnisse gehört in bezug auf die gesetzliche Rege-

lung der Rechtsverhältnisse oft zu den für diese erheblichen Umständen und kennzeichnet damit die der gesetzlichen Regelung zugrunde gelegten besonderen Verhältnisse für diese als sog. besondere Vertragsverhältnisse.

Subsidiär ist aber eine Gesetzesbestimmung oft nicht nur dann, wenn dies aus dem Wortlaute durch die Wendungen «so weit sich nicht aus dem Vertrage etwas anderes ergibt» oder «soweit nicht etwas anderes vereinbart wurde» zu ersehen ist. Subsidiär sind die Bestimmungen nämlich häufig dann, wenn der Zweck, den der Gesetzgeber mit diesen Bestimmungen verfolgt, nur darin besteht, klare Verhältnisse zu schaffen, und etwa dabei noch in diesem Rahmen den Schwachen, Abhängigen, Unbedachten, zu schützen. Für die Schaffung klarer Verhältnisse genügt ja oft eine nur subsidiäre Bestimmung, die einer genügend klar vorhandenen vertraglichen Regelung den Vorrang lässt. Eine absolute Geltung ist hier sehr oft nach den vom Gesetzgeber verfolgten Zwecken nicht notwendig. Die Begünstigung der Schwachen, Unbedachten, Abhängigen lässt sich mit dem Zwecke der Schaffung klarer Verhältnisse sehr gut verbinden, denn bei unklaren Verhältnissen ist wohl besser, dass dem Schutzwürdigeren der Vorteil zukomme. Im Gesetze sind nach den mit den einzelnen Bestimmungen verfolgten Zwecken viel mehr Bestimmungen subsidiärer Natur, als aus dem Wortlaut des Gesetzes allein sich ergibt. Denn die kennzeichnende Wendung fehlt häufig im Gesetze, weil deren fortwährende Wiederholung zu schwerfällig wäre. So sind oft für die Ermittlung, ob eine Bestimmung, die absolut lautet, subsidiär sei, die mit dieser Bestimmung vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke zu beachten. Man vergleiche hiezu Oser, S. 129 N. 11, 17.

Bei Geschäften aus mehreren Leistungen besonderer Art erhebt sich jedoch die Frage, ob für die Nichtanwendung einer subsidiären Bestimmung oft nicht auch genüge, dass sich der besondere Vertragsinhalt, wenn auch stillschweigend so doch eindeutig infolge der gegenseitig bekannten besonderen Natur

der Geschäfte oder der Umstände nach Treu und Glauben ergibt. Dies dürfte nach den mit den einzelnen Bestimmungen vom Gesetzgeber verfolgten Zwecken wohl häufig der Fall sein. Eine besondere vertragliche Regelung kann unter Umständen, auch für den Richter erkennbar, nach Treu und Glauben sehr klar und ganz eindeutig bestehen, wenn die Natur der Geschäfte und die erheblichen Umstände und die Interessen der Einzelnen vollständig gegenseitig bekannt oder erkennbar sind und deren Berücksichtigung selbstverständlich ist. Man vergleiche hiezu, was oben unter Ziff. 2 über die Beweisschwierigkeiten vor dem Richter dargelegt wurde.

Die Bestimmungen, die Vermutungen besonderen Inhaltes der Verträge enthalten, kommen zur Anwendung, wenn Zweifel über besonderen Vertragsinhalt bestehen. Jedoch ist auch hier nach den mit diesen Bestimmungen vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke nicht immer notwendig, dass zur Behebung solcher Zweifel eine ausdrücklich vereinbarte Vertragsbestimmung vorhanden sei, um diese gesetzlichen Vermutungen auszuschliessen. Oft genügen auch hier eindeutige stillschweigende Vereinbarungen, wenn sich solche nach Treu und Glauben eindeutig ergeben, soweit die wesentlichen Tatsachen beidseitig bekannt oder erkennbar sind. Im Gesetze sind auch hier oft Bestimmungen, die in ihrem Wortlaute fest scheinen, oft bloss Vermutungen besonderen Vertragsinhaltes, was sich oft nur aus den vom Gesetzgeber mit diesen verfolgten Zwecken ergibt. Meist dienen diese Bestimmungen, wie die sog. subsidiären Bestimmungen auch nur dazu, klare Verhältnisse zu schaffen, dabei in diesem Rahmen die Schutzwürdigen zu begünstigen. Die ewige Wiederholung der Ausdrücke «gilt im Zweifel» oder «gilt als vereinbart» wäre auch hier zu schwerfällig.

Auch solche subsidiäre Bestimmungen oder Bestimmungen mit besonderen Vermutungen besonderen Vertragsinhaltes können, wie oben angeführt, bei besonderer Natur der Geschäfte inhaltlich den vorliegenden besonderen Verhältnissen nicht angemessen sein. Dann ergibt sich aber die Nicht-

anwendung dieser Bestimmungen, unabhängig von der vertraglichen Regelung der Rechtsverhältnisse, schon nach den Grundsätzen, die oben unter b dargelegt wurden. So können diese unter Umständen auch bei Fehlen einer vertraglichen Regelung, weil deren Anwendbarkeit schon dem Sinne des Gesetzes nicht entspricht, nicht anwendbar sein.

Bei den subsidiären Bestimmungen wie bei den Bestimmungen mit Vermutungen besonderen Vertragsinhaltes kann sich ergeben, dass in bezug auf die den vorhandenen Gesetzesbestimmungen zu Grunde liegende besondere Natur der Geschäfte bei besonderer aber anderer Natur der Geschäfte dadurch nicht Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen ergibt, weil der Inhalt der Verträge nach der besonderen anderen Natur der Geschäfte ein ganz anderer sein müsste als subsidiär bestimmt oder vermutet. Die Bestimmungen sind dann daher den vorliegenden Vertragsverhältnissen oft nicht angemessen, und bei Beachtung der vom Gesetzgeber mit diesen verfolgten Zwecken dann weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Daher sind gerade die sehr zahlreichen subsidiären Bestimmungen und die Bestimmungen, die Vermutungen besonderen Vertragsinhaltes enthalten, bei besonderer Natur der Geschäfte, die von den den einzelnen vorhandenen Gesetzesbestimmungen zu Grunde gelegten erheblich abweicht, was bei Geschäften mit mehreren Leistungen besonderer Art oft zutrifft, oft gerade nicht anwendbar.

d) Wegen der besonderen Natur der Geschäfte, die aus mehreren Leistungen besonderer Art bestehen, ist wie erwähnt sehr häufig, dass keine der vorhandenen Bestimmungen des Gesetzes anwendbar sind, weil die für die Anwendbarkeit wesentliche besondere Natur der Geschäfte eine andere ist als die, die den Bestimmungen zu Grunde liegt. Häufig ist bei solchen Geschäften, dass keine der vorhandenen Bestimmungen den besonderen vorliegenden Verhältnissen, wie diese durch die besondere Natur der Geschäfte gekennzeichnet sind, wirklich angemessen ist. Dies ist eine Folge nicht der Ähnlichkeit der besonderen Natur der Geschäfte mit der Natur der Geschäfte, die

den vorhandenen Gesetzesbestimmungen zu Grunde liegt, sondern eben gerade der *Verschiedenheit* dieser mit jener.

Dann ist nun oft nach der Regel zu entscheiden, wie der Richter sie als Gesetzgeber aufstellen würde. ZGB 1 Abs. 2. Dabei sind die Natur der Geschäfte und die vorliegenden Umstände in gleicher Weise zu beachten, wie dies der Gesetzgeber tun würde, nach denselben Zwecken, die der Gesetzgeber mit den wirklich aufgestellten Bestimmungen verfolgt. Diese Ergänzung des Gesetzes ist überall dort vorzunehmen, wo nach dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, deren Zweckbestimmung nach, sie notwendig ist, wo auch für die besonderen, aber gegenüber den ausdrücklich geregelten eben anderen Verhältnisse eine entsprechende gesetzliche Regelung, den vorliegenden Verhältnissen angepasst, zur Verfolgung der gesetzgeberischen Zwecke notwendig ist. Diese Ergänzung des Gesetzes ist aber nur eine nachträgliche, die auch nur für den jeweiligen Fall besonders ausgesprochen wird.

Bei den *subsidiären Bestimmungen* und den Bestimmungen, die *Vermutungen* besonderen Inhaltes der Verträge enthalten, ist aber sehr fraglich, ob eine solche Ergänzung des Gesetzes nach ZGB 1 Abs. 2, in den nach der Regel zu entscheiden sei, die der Gesetzgeber aufstellen würde, nach dem vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke auch wirklich Sinn habe. Da der Hauptzweck, der mit den subsidiären Bestimmungen und den gesetzlichen Vermutungen verfolgt wird, gerade meist darin besteht, klare Verhältnisse zu schaffen, etwa um Rechtsstreite zu verhüten oder für besondere Rechtssicherheit oder um die Arbeitüberlastung der Gerichte zu verhindern, oder um bei unklaren Verhältnissen die Schwachen, Unabhängigen, Unbesonnenen zu begünstigen, u. a., könnte mit solch einem nachträglichen Aufstellen der subsidiären Bestimmungen oder Vermutungen «die der Gesetzgeber aufstellen würde» gerade diesem Zwecke nicht entsprochen werden. Daher ist die Ergänzung des Gesetzes nach ZGB 1, Abs. 2 in subsidiären Bestimmungen oder gesetzlichen Vermutungen besonderen

Vertragsinhaltes oft ohne Sinn, was gerade hier, bei besonderer Natur der Geschäfte aus mehreren Leistungen besonderer Art, sehr wichtig ist, weil hier oft die vorhandenen Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen können und so anwendbare Bestimmungen fehlen. Dies ist keine Einschränkung des Grundsatzes von ZGB 1, Abs. 2, sondern bloss eine sinngemässe nähere Festlegung, dessen Bedeutung für die Rechtsverhältnisse bei Geschäften, bei Vertragsverhältnissen im OR. Im ZGB, dem eigentlichen Anwendungsgebiet dieses Grundsatzes, sind die subsidiären Bestimmungen und die Vermutungen besonderen Vertragsinhaltes viel weniger häufig, und die Schaffung klarer Verhältnisse kann dort oft sehr gut mit absolut geltenden Bestimmungen verfolgt werden.

IV. ABSCHNITT:

Die Rechtsverhältnisse nach der besonderen Natur der Geschäfte gemischter Art.

Geschäfte gemischter Art sind, wie oben dargestellt, meist Geschäfte, die aus mehreren einzelnen verschiedenartigen Leistungen bestehen, nämlich dann, wenn diese einzelnen Leistungen durch ihre besondere Art für die besondere Art der Geschäfte massgebend sind. Die besondere Natur der Geschäfte, die dann deren gemischter Art entspricht, ist durch die besondere und verschiedene Art der einzelnen Leistungen und deren Zusammengehörigkeit gekennzeichnet. Denn die gemischte Art der Geschäfte besteht nur, wenn die in ihrer Art für die Art der Geschäfte massgebenden Leistungen verschiedener Art sind und in ein und demselben Geschäfte zusammengehören.

Da, wie noch dargestellt werden wird, häufig nicht feststeht, was als ein Geschäft und was als mehrere Geschäfte zu bezeichnen ist, weil häufig einzelne an sich selbständige Geschäfte zusammen sog. zusammengesetzte Geschäfte bilden, ist es nicht möglich zur Kennzeichnung der besonderen Natur der Geschäfte, die deren gemischter Natur entspricht, dem Erfordernis, dass die Leistungen besonderer Art in ein und demselben Geschäft zusammengehören, stattzugeben. Vielmehr sind hier die Rechtsverhältnisse bei Leistungen verschiedener Art, wenn es sich um ein einziges Geschäft wie um mehrere handelt, zu betrachten. So behandelt auch Oser auf S. 782, 783 des Kommentars zum OR die Rechtsverhältnisse bei Geschäften mit mehreren Leistungen verschiedener Art, gemischten Geschäften oder gemischten Verträgen, wenn es sich dabei um ein einziges Geschäft und wenn es sich um mehrere zusammengehörige Geschäfte handelt.

Die besonderen Verhältnisse, die bei gemischter Art der Geschäfte bestehen, kennzeichnen sich dann durch die Zusammengehörigkeit von Leistungen verschiedener Art, sei es in einem einzigen Geschäft oder in mehreren zusammengehörigen Geschäften. Die Besonderheit der Verhältnisse, die der gemischten Art der Geschäfte entspricht, bestimmt sich ebenso durch die Zusammengehörigkeit wie durch die besondere, verschiedene Art der einzelnen Leistungen. Da nun die Bedeutung der besonderen und damit auch der verschiedenen Art der einzelnen Leistungen im vorigen Abschnitt eingehend erwähnt wurde, bleibt hier noch die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen zu betrachten. Sie erfordert bei Beurteilung der Rechtsverhältnisse bei solchen Geschäften, die aus mehreren einzelnen Leistungen bestehen, ganz besondere Sorgfalt.

1. Die Ermittlung und Festlegung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen.

Während von der besonderen Natur der Geschäfte, gekennzeichnet durch die Zusammengehörigkeit der Leistungen verschiedener Art, die Art der einzelnen Leistungen und damit deren Verschiedenartigkeit meist fest bestimmt ist und in der Regel, ausser wenn eine Ersatzleistung für eine Leistung in Frage kommt, unveränderlich ist, ist dies für die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen häufig nicht der Fall. Die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen ist sehr oft nicht fest bestimmt und zudem oft veränderlich, so dass sie dann besonders ermittelt oder festgelegt werden muss.

a) Die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen schliesst jedoch eine Trennbarkeit derselben nicht aus, und je nachdem, wie die einzelnen Leistungen trennbar sind, ist die Zusammengehörigkeit eine mehr oder weniger enge. Sowohl zusammengehörige selbständige Leistungen wie auch einzelne Teilleistungen wie zusammengehörige Geschäfte sind so leichter oder schwerer trennbar und damit enger oder loser

zusammengehörig. So sind etwa zusammengehörige Leistungen für Aufbewahrung und für Transport einer Sache unter Umständen trennbar. Ebenso sind die Miete einer Wohnung und die Heizung derselben durch den Vermieter, auch wenn zusammengehörig, unter Umständen trennbar. Ebenso können zusammengehörige Dienst- und Mietverhältnisse unter Umständen unbedingt zusammengehören, unter anderen getrennt werden.

Nach der Trennbarkeit und damit der mehr oder weniger engen Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte besteht für die Ausführung der Geschäfte die oft erwähnte einseitige oder zweiseitige *Abhängigkeit der einzelnen Leistungen voneinander*. Diese ist einseitig, wenn eine Leistung nicht ohne die andere, diese aber auch ohne die eine erbracht werden kann, sie ist zweiseitig, wenn jede Leistung nicht ohne die andere erbracht werden kann. Wie einzelne Leistungen können auch einzelne zusammengehörige Geschäfte einseitig oder auch zweiseitig voneinander abhängig sein. Man vergleiche hiezu Guhl, S. 22, 24, 146, 147, Oser S. 782, 783.

Mit der Zusammengehörigkeit oder Trennbarkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte oder deren Abhängigkeit voneinander, hängt auch die *Wesentlichkeit einer Leistung für das ganze Geschäft* zusammen. Von einer einzelnen Leistung könne ja bei Geschäften aus mehreren Leistungen alle andern abhängig oder aber von dieser einen nicht abhängig sein, je nachdem ist diese eine Leistung für das ganze Geschäft wesentlich oder aber nicht. Je nach der Wesentlichkeit einer Leistung für das Ganze fallen bei Wegfall dieser Leistung alle anderen Leistungen und damit das ganze Geschäft weg, oder das Geschäft kann auch ohne diese Leistung ausgeführt werden. Ebenso können auch bei Wegfall einer Leistung die Geschäfte nur zum Teil wegfallen, wenn nicht alle Leistungen der Geschäfte von der einen Leistung abhängig sind, sondern nur einige wenige. So etwa im obigen Beispiel die Heizung der gemieteten Wohnung durch den Vermieter unter Umständen für das Ganze wesentlich ist und sich bei Wegfall der Heizung auch die Miete auflöst, unter anderen Umständen

vielleicht nicht und die Miete bestehen bleibt, auch wenn der Mieter die Heizung auf eigene Kosten übernehmen muss.

Die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte ist nun aber, und dies ist hier besonders wichtig, oft nicht fest und unveränderlich. Die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen kann unter besonderen Umständen eine enge, unter andern Umständen eine lose sein. Mit der Veränderlichkeit der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte verändert sich natürlich auch die Trennbarkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte wie deren Abhängigkeit voneinander wie die Wesentlichkeit besonderer Leistungen für die anderen Leistungen oder besonderer Geschäfte für die anderen mit diesen zusammengehörigen Geschäfte.

b) Für die Bestimmung und Festlegung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte ist die sog. Zweckbestimmung der Geschäfte oft besonders zu beachten. Denn für eine vernünftige Festlegung der Zusammengehörigkeit und für die Ermittlung, was wohl vernünftigerweise festgelegt wurde, ist diese Zweckbestimmung häufig ausschlaggebend.

Die Zweckbestimmung der Geschäfte entspricht den Zwecken, die die Einzelnen selber mit ihren Geschäften verfolgen. Sie ist naturgemäss von der Natur der Geschäfte, den vorliegenden Umständen und den Interessen der Einzelnen abhängig und mit diesen auch veränderlich. Bei veränderter Natur der Geschäfte oder bei veränderten Umständen oder bei veränderter Interessenlage der Einzelnen kann sich so auch die Zweckbestimmung der Geschäfte verändern. Diese Zweckbestimmung der Geschäfte nach den Zwecken, die die Einzelnen selber mit ihren Geschäften verfolgen, ist sehr zu unterscheiden von der hier ebenfalls oft erwähnten Zweckbestimmung der Regelungen der Rechtsverhältnisse zu den Geschäften nach den Zwecken, die die Einzelnen oder der Gesetzgeber mit den Regelungen der Rechtsverhältnisse verfolgen. Die Zweckbestimmung der Geschäfte ist überall dort wichtig, wo die Geschäfte selber in ihren Einzelheiten festzulegen sind,

während die Zweckbestimmung der Regelungen der Rechtsverhältnisse oder die mit den Regelungen der Rechtsverhältnisse verfolgten Zwecke nur bei der Bestimmung und Festlegung der Regelungen der Rechtsverhältnisse wichtig ist. Man vergleiche hiezu Oser S. 782, N. 7, BGE 25 II 373.

Nach der Zweckbestimmung der Geschäfte ergibt sich auch nur, welche Leistungen oder welche Gesetze selbständige Leistungen und selbständige Geschäfte darstellen, und welche Leistungen oder Geschäfte nur Teilleistungen oder Teilgeschäfte dieser sind. Denn dafür sind die Zwecke zu beachten, die die Einzelnen mit ihren Geschäften verfolgen, und die naturgemäss je nach der Natur der Geschäfte, den vorliegenden Umständen oder den Interessen der Einzelnen besondere sind und mit diesen auch veränderlich. So besteht etwa die Leistung eines Architekten, einem anderen ein Haus zu bauen, aus sehr verschiedenen Besorgungen, Verrichtungen und Arbeiten, wie die Erstellung der Pläne, die Erwirkung der Baubewilligungen, der Ankauf der Baumaterialien und die Beauftragung besonderer Unternehmer, die Ueberwachung des Baues u. a., die alle wohl für sich alleine abgeschlossen sind, nach ihrer Zweckbestimmung jedoch nicht selbständig, sondern nur als Teile der ganzen Leistung, das Haus zu erstellen, dieser eingeordnet sind, sogar dann, wenn für jede mit dem Architekten ein besonderes Entgelt festgelegt ist und für diesen selbständige Geschäfte darstellen. Unter Umständen können jedoch auch, wenn sich die Zweckbestimmung der Geschäfte ändert, solche einzelne Besorgungen selbständige Geschäfte sein und nach ihrer Zweckbestimmung für sich ein abgeschlossenes Ganzes bilden. Man vergleiche hiezu auch etwa OR 344, 396, 197, 404 und 365, 366, 372, 377. So kann auch etwa die Aufbewahrung einer Sache aus Anlass deren Transportes nur Teil der ganzen Leistung die Besorgung des Transportes sein, aber auch etwa bei Wegfall des Transportes unter Umständen selbständige Bedeutung haben. Ebenso kann die Heizung einer Mietwohnung nur Teil der Leistung des Vermieters sein, die Wohnung bewohnbar dem anderen zur Verfügung zu stellen, unter Umständen aber bei veränderten Ver-

hältnissen kann sie als selbständige, nur zugehörige Leistung von der anderen losgelöst sein. ZGB 644 geht von anderen Voraussetzungen aus und betrifft sehr andere Verhältnisse.

c) Für die Bestimmung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen der Geschäfte zueinander und damit der Trennbarkeit und der Abhängigkeit der einzelnen Leistungen voneinander ist sehr wichtig, dass sie sehr oft von den Einzelnen nicht ausdrücklich, sondern nur stillschweigend festgelegt wird. Solches ergibt sich nämlich oft durch die nach Treu und Glauben selbstverständliche Berücksichtigung der beidseitig bekannten oder erkennbaren für diese Festsetzung erheblichen Tatsachen. Denn nach Treu und Glauben gelten die Natur der Geschäfte, die vorliegenden Umstände und die Interessen der Einzelnen, soweit sie gegenseitig bekannt oder erkennbar sind als Grundlage der Erklärungen auch für die Einigung über die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen. Für diese Einigung treten ja oft die Interessen der Beteiligten nach der Zweckbestimmung der Geschäfte an besonderer Zusammengehörigkeit sehr klar zutage und sind gegenseitig sehr weitgehend bekannt oder erkennbar. Dazu tritt, dass oft nur eine besondere Zusammengehörigkeit Sinn hat, sodass für den einzelnen Fall oft nur eine Trennbarkeit besteht oder nicht besteht, und bei besonderer Natur der Geschäfte, bei besonderen Umständen und nach den besonderen Interessen der Einzelnen oft bloss nur das eine oder das andere vernünftigen Sinn hat. So ergibt sich etwa eine unbedingte Zusammengehörigkeit der Darlehensgewährung und der Leistung des Wirtes, das Bier nur von der Brauerei, die das Darlehen gewährt, zu beziehen nach den Umständen und der Natur des Geschäftes in Anbetracht der Interessen der Einzelnen, aus der nach Treu und Glauben auch dem anderen bekannten oder erkennbaren Zweckbestimmung des ganzen Geschäftes für die Brauerei, ihr den Bierabsatz zu sichern. BGE 25 II 373, 25 II 478, 41 II 105, 43 II 512, 42 II 150, 50 II 250, 51 II 162, 63 II 417. Guhl S. 155, 164. Dies bestätigte das Bundesgericht in seinem Entscheide 67 II 123, indem es für diesen Fall ausdrücklich, und entgegen dem Entscheide der Vorinstanz, festlegte, dass nach der beiden

erkennbaren Zweckbestimmung des Geschäftes und nach den Umständen die Darlehensgewährung durch den Darleiher und die Leistung des Borgers die benötigten Rohmaterialien nur vom Darleiher zu beziehen, zusammengehören und diese Leistungen in gegenseitiger Abhängigkeit zueinander stehen.

Eine **a u s d r ü c k l i c h e** Festlegung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen der Geschäfte oder der einzelnen Geschäfte und damit der Trennbarkeit und Abhängigkeit voneinander findet sich meist bloss dann, wenn ein besonderer Grund dafür vorhanden ist, etwa wenn nach Treu und Glauben sich keine unzweideutige Festlegung ergibt, weil die für diese erheblichen Tatsachen, die Natur der Geschäfte oder die vorliegenden Umstände oder die Interessen der Einzelnen nicht gegenseitig genügend bekannt oder erkennbar sind oder wo noch eine ganz besondere Klarheit der Vereinbarung erstrebt wird, oder bei Festlegung abweichend von der nach Treu und Glauben sich ergebenden selbstverständlichen Lösung. Man vergleiche etwa BGE 35 II 273, wo ausdrücklich bestimmt und dem anderen erkennbar war, dass die Zusammengehörigkeit der beiden Geschäfte Bedingung des ganzen Geschäftes war. 41 II 385, 45 II 441.

Aber auch solche ausdrücklich festgelegte Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte gilt oft nur nach der Natur der Geschäfte, den vorliegenden Umständen und den Interessen der Einzelnen, die als Grundlage der Festlegung dienten, nicht aber auch für **v e r ä n d e r t e V e r h ä l t n i s s e** oder wesentlich veränderte Verhältnisse. Dies ist der Fall, wenn nach Treu und Glauben nicht angenommen werden kann, dass die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte, wie sie ausdrücklich festgelegt wurde, für alle etwa vorkommenden Verhältnisse, ein für alle Mal unbedingt fest, festgelegt worden sei. So kann selbst eine ausdrücklich festgelegte Zusammengehörigkeit nach Treu und Glauben nur für besondere Verhältnisse gelten und für veränderte Verhältnisse eine andere sein, wenn anzunehmen ist, dass die Beteiligten die Zusammengehörigkeit nicht auch für solche veränderte Verhältnisse festlegen wollten und dies auch gegenseitig

bekannt oder erkennbar war. BGE 47 II 314, 59 II 273. In 47 II 314 wurde festgestellt, dass im betreffenden Falle die Heizung der Mietsache für das Ganze eine wesentliche Nebenleistung des Vermieters sei, vom Ganzen auch bei den betreffenden veränderten Verhältnissen nicht trennbar.

Ergibt sich die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen weder ausdrücklich noch stillschweigend, nach Treu und Glauben, so hat oft, wenn sich die Beteiligten nicht einigen können, der Richter bei der Beurteilung der Rechtsverhältnisse über diese zu entscheiden. Zu einer den vorliegenden Verhältnissen angemessenen Festlegung hat dieser hierbei natürlich die erheblichen Tatsachen in gleicher Weise zu berücksichtigen, wie dies die Einzelnen vernünftigerweise auch getan hätten, nur hat er dazu noch die Interessen der Beteiligten gegenseitig abzuwägen. Nur so ergibt sich eine dem Bestehenden und den vorliegenden Verhältnissen angemessene Festlegung der Zusammengehörigkeit. Die Natur der Geschäfte, die vorliegenden Umstände und die Interessen der Einzelnen, anders ausgedrückt, die Zweckbestimmung der einzelnen Leistungen oder Geschäfte sind entsprechend zu berücksichtigen. Solche Ergänzung der Verträge ist gerade bei veränderten Verhältnissen sehr häufig, denn oft sind ja diese von den Beteiligten nicht voraussehbar, sodass sich hier oft auch stillschweigend, nach Treu und Glauben, keine bestimmte Lösung ergibt, und auch kein Anlass vorhanden war für diese besonderen Verhältnisse die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen besonders festzulegen. 41 II 385, 59 II 273.

d) Aus obigen Ausführungen folgt, dass bei Geschäften aus mehreren Leistungen die Zusammengehörigkeit oder Abhängigkeit der einzelnen Leistungen voneinander sich nicht schon nach der Natur der Geschäfte allein ergibt, und somit die Bezeichnungen der einzelnen Leistungen als Haupt- und Nebenleistungen und als Leistungen und Gegenleistungen, die mit der Zweckbestimmung der Geschäfte eng zusammenhängen, nicht massgebend sind.

Wohl besteht zwischen den Leistungen und Gegenleistungen nach der Zweckbestimmung der Geschäfte

meist eine unbedingte Zusammengehörigkeit und gegenseitige Abhängigkeit voneinander. Jedoch kann auch hier bei besonderer Natur der Geschäfte oder bei besonderen Umständen oder besonderer Interessenlage der Einzelnen eine Trennbarkeit der Leistungen und ihren Gegenleistungen vorhanden sein. Dies ist etwa der Fall, wenn es sich nicht eigentlich um Leistung und Gegenleistung handelt, sondern nur um zwei einander gegenüberstehende Hauptleistungen, deren eigentliche Gegenleistungen verrechnet sind. Man vergleiche hiezu die Fälle von BGE 35 II 273 und 45 II 441, die beide jedoch Leistungen gleicher Art betreffen. Die Trennbarkeit der beiden Hauptleistungen ist jedoch nicht schon daraus gegeben, dass für jede deren Gegenleistung schon festgelegt ist, dies kann nur unter Umständen die Annahme einer solchen erleichtern. Auch kann sich oft nach der Zweckbestimmung der Geschäfte eine unbedingte Zusammengehörigkeit solcher Hauptleistungen als echte Leistung und Gegenleistung ergeben, wenn infolge besonderer Natur der Geschäfte oder besonderer Umstände eine Trennbarkeit nicht in Frage kommt. So etwa wenn eine Geldleistung ausgeschlossen ist und eine getrennte Ausführung der einzelnen Geschäfte daher nicht in Frage kommt. Man vergleiche hiezu Guhl S. 157, Oser S. 782.

Ebenso liegen die Verhältnisse zwischen Haupt- und Nebenleistungen oder Haupt- und Nebengeschäften. Die Bezeichnung als Haupt- oder Nebenleistung ist allein noch nicht für die Zusammengehörigkeit oder Trennbarkeit oder einseitige oder zweiseitige Abhängigkeit der einzelnen Leistungen voneinander massgebend. Wohl dürfte oft eine Nebenleistung das Schicksal der Hauptleistung nicht beeinflussen, so dass sie bloss in einseitiger Abhängigkeit zueinander stehen, jedoch kommt es hier nicht auf die Nebenstellung an, sondern nur auf die Wesentlichkeit einer Nebenleistung für das ganze Geschäft nach der Zweckbestimmung derselben. So beeinflusst eine Nebenleistung nur selten die Ausführung der Hauptleistung. Die Bezeichnung der Leistungen als Haupt- und Nebenleistungen bezieht sich nur auf die Bedeutung der einzelnen Leistungen zueinander, nicht auch auf deren Wesentlichkeit für das Ganze.

Die Wesentlichkeit für das Ganze kann auch von besonderen Umständen abhängen, etwa ob eine Ersatzleistung in Frage kommt oder nicht. Ebenso dürften für jede Leistung besonders festgelegte Gegenleistungen auch hier nur unter Umständen die Annahme einer Trennbarkeit der Haupt- und Nebenleistungen erleichtern. Hiezu Oser S. 782, 783, N. 9, 11, 12. OR 196 und 209.

Dasselbe ist zu sagen für die Zusammengehörigkeit einzelner selbständiger Geschäfte, oder für deren Abhängigkeit voneinander. Auch hier ergibt sich eine einseitige Abhängigkeit nicht schon dadurch, dass sie als Haupt- oder Nebengeschäfte bezeichnet werden, auch hier kann eine einseitige oder eine zweiseitige Abhängigkeit oder aber auch gar keine bestehen. Im einzelnen ergibt sich aber auch allein aus der Tatsache, dass über die Rechtsverhältnisse zu diesen Geschäften gemeinsam ein einziger Vertrag geschlossen wurde, nicht die Zusammengehörigkeit der Geschäfte so, dass hier stets einseitige oder zweiseitige Abhängigkeit dieser Geschäfte voneinander bestehen würde, jedoch kann diese Tatsache unter Umständen eine Annahme einer solchen erleichtern. Hiezu Oser S. 783 N. 8. BGE 67 II 123 (Pra 30 N. 106).

e) Neben der vertraglichen Festlegung durch die Einzelnen selber wird die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen und damit auch deren Abhängigkeit oder Trennbarkeit voneinander auch durch gesetzliche Bestimmungen festgelegt. Für diese gesetzliche Festlegung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder einzelnen Geschäften ist aber meist die Zweckbestimmung der Geschäfte, wie sie der Gesetzgeber anerkennt, massgebend, nicht nur die Zweckbestimmung der Geschäfte nach den Interessen der Einzelnen.

Eine gesetzliche Festlegung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen findet sich aber meist nur dann, wenn eine besondere Getrenntheit, eine besondere Unabhängigkeit einzelner Leistungen oder Geschäfte bestehen soll. Diese ist dann auch meist von einer vertraglichen Festlegung unabhängig; die Bestimmungen sind meist gegenüber dieser absoluter Natur. Oft ist nämlich eine enge Verbindung einzelner Leistungen oder Geschäfte vom

Gesichtspunkte des Gesetzgebers aus unerwünscht. Dies findet sich besonders dort, wo eine enge Verbindung durch besondere Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte und damit Abhängigkeit derselben voneinander widerrechtlich oder gegen die guten Sitten wäre. So ist etwa eine Getrenntheit besonderer familien- oder erbrechtlicher Leistungen oder Geschäfte von vermögensrechtlichen Leistungen oder Geschäften durch Unabhängigkeit der einen von den andern gesetzlich festgelegt, zur Wahrung der guten Sitte oder zur Vermeidung erheblicher Schädigungen eines Vertragsteils in immateriellen Gütern. Oder sie kann auch den besonderen Schutz der Beteiligten bezwecken, wie etwa durch Ausschluss der Verrechnung und damit insoweit Festlegung der Getrenntheit einzelner Geschäfte. Anders lautende vertragliche Vereinbarungen sind dann insoweit ungültig, die Verträge nichtig. OR 20. Man vergleiche hiezu Guhl S. 34 und 35, 137, Oser S. 141, 142. BGE 51 II 120, und unten unter Ziffer 4.

Aber auch eine gegenüber einer vertraglichen Festlegung nur subsidiär oder nur vermutungsweise geltende gesetzliche Festlegung der Zusammengehörigkeit, Trennbarkeit oder Abhängigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte voneinander ist nicht häufig, im Gegensatz zu der sehr eingehenden gesetzlichen Regelung des Umfanges der einzelnen Leistungen. Für die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen besteht ja auch nur selten eine Notwendigkeit der Festlegung durch subsidiäre oder vermutungsweise geltende Bestimmungen, denn die Interessen der Einzelnen an der besonderen vertraglichen Festlegung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen ist meist so gross und gegenseitig erkennbar, dass sich diese schon stillschweigend nach Treu und Glauben in unzweideutiger Weise ergibt oder ausdrücklich festgelegt ist. Ueberdies kann durch eine subsidiäre oder vermutungsweise geltende gesetzliche Festlegung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen zum Zwecke der Schaffung klarer Verhältnisse ein besonderer Schutz oder eine besondere Begünstigung des Schwachen, Unbesonnenen, Abhängigen nur schwer verbunden werden. In OR 209 wird beim Kaufe meh-

rerer Sachen auch auf die Interessenlage hingewiesen, wie auf die Besonderheit, ob ein besonderes Entgelt für jede Leistung festgelegt sei, und es werden auch die Verhältnisse bei einer für das Ganze wesentlichen Nebenleistung berücksichtigt. Nach OR 238 erhält beim Tausch von Sachen der Benachteiligte die Begünstigung, nach seiner Wahl die Geschäfte zusammen zu lassen oder sie zu trennen. Gerade die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen und damit deren Trennbarkeit oder deren Abhängigkeit voneinander ist bei vernünftiger Festlegung sehr von den vorliegenden Verhältnissen abhängig. Daher kann der Gesetzgeber sehr gut, statt eine subsidiäre Bestimmung oder eine gesetzliche Vermutung aufzustellen, die fehlende Festlegung dem Richter überlassen, der diese unter Berücksichtigung der vorliegenden Verhältnisse und unter Abwägung der Interessen der Einzelnen festlegt, wenn er über die Rechtsverhältnisse zu urteilen hat.

2. Der Umfang der einzelnen Leistungen nach deren Zusammengehörigkeit.

Bei Geschäften, die aus mehreren einzelnen Leistungen bestehen, sind für die Rechtsverhältnisse die Art und der Umfang der einzelnen Leistungen besonders wichtig, weil ja für die Rechtsverhältnisse die Geschäfte in die einzelnen Leistungen zerfallen und die Rechte und Verpflichtungen stets nur die einzelnen Leistungen nicht die Geschäfte als Ganzes betreffen. Während nun die Art der einzelnen Leistungen bei Geschäften aus mehreren Leistungen, wie oben erwähnt, meist feststeht, steht der Umfang der einzelnen Leistungen sehr oft nicht fest und muss dann besonders bestimmt oder festgelegt werden.

Hiefür ist nun aber bei Geschäften aus mehreren Leistungen die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oft zu beachten. Denn oft sind einzelne zusammengehörige Leistungen oder Geschäfte in ihrem Umfange voneinander abhängig. Oft wird bei vernünftiger Festlegung des Umfanges einer Leistung der Umfang einer anderen mit dieser zusammengehörigen berücksichtigt.

a) Die Abhängigkeit der einzelnen Leistungen in ihrem Umfange voneinander ist auch hier entweder eine einseitige oder eine zweiseitige. Einseitig ist sie, wenn nur eine Leistung in ihrem Umfange vom Umfange einer anderen Leistung abhängt, jene aber nicht vom Umfange der einen. Aber die zweiseitige Abhängigkeit, wenn jede Leistung in ihrem Umfange vom Umfange der andern abhängig ist, ist weniger häufig. Diese Abhängigkeit in ihrem Umfange kann ebenso bei einzelnen selbständigen Leistungen, wie bei einzelnen Teilleistungen bestehen. Der Umfang mehrerer Nebenleistungen kann etwa vom Umfange ein und derselben Hauptleistung abhängig sein. Diese Leistungen bestimmen so in ihrem Umfange auch den Umfang der Geschäfte. Man vergleiche hiezu den erwähnten Fall von BG 41 II 105, wo der Umfang der Bierlieferungen durch die Brauerei dem Verwalter ihres Bierdepots wie die Ueberlassung der im Depot befindlichen Wohnung zusammen zeitlich nur solange dauern, als die Führung des Depots dem Verwalter übertragen ist. Aber auch einzelne zusammengehörige Geschäfte können in ihrem Umfange einseitig oder zweiseitig voneinander abhängig sein. So etwa wenn ein Dienstverhältnis und ein Mietverhältnis in deren Dauer gegenseitig voneinander abhängig sind, obschon selbständige Geschäfte mit eigenen Haupt- und Gegenleistungen vorhanden sind. Man vergleiche hiezu etwa die Beispiele in BGE 25 II 273, 35 II 551, 41 II 105, 42 II 150, 43 II 112, 47 II 314, 51 II 57, 51 II 162, 60 II 335. Guhl S. 110, Oser S. 782, 783, 1002.

Für diese Abhängigkeit der einzelnen Leistungen in ihrem Umfange voneinander ist wichtig, ob diese Leistungen miteinander in ihrem Umfange vergleichbar sind. Dazu ist nun nicht notwendig, dass es sich dafür um genau gleiche Leistungen, sondern nur um Leistungen handelt, die gerade in den wesentlichen Merkmalen übereinstimmen. So sind etwa die Hauptleistungen bei Miete und bei Dienstverhältnissen durchaus verschiedener Art, aber sie sind als sog. Dauerleistungen in ihrem zeitlichen Umfange gut vergleichbar. Dasselbe lässt

sich sagen für die Leistungen bei Darlehensverhältnissen und etwa bei sog. Lieferungsverhältnissen.

b) Für die Ermittlung und Festlegung des Umfanges der einzelnen Leistungen unabhängig oder auch abhängig vom Umfange anderer mit diesen zusammengehörigen Leistungen gelten die gleichen Grundsätze, wie sie oben für die Ermittlung und Festlegung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen erwähnt wurden. Auch hier ist die sog. Zweckbestimmung der Geschäfte besonders zu beachten, wie sie nach der Natur der Geschäfte, den vorliegenden Umständen und den Interessen der Einzelnen besteht. Denn hier handelt es sich ja auch um die Festlegung von Besonderheiten der Geschäfte selber und damit, aber erst in zweiter Linie, um die Festlegung der Leistungen als Gegenstände der Rechte und Verpflichtungen.

Die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen ist für die Abhängigkeit der einzelnen Leistungen in ihrem Umfange jedoch meist nur der äussere Anlass. Trotzdem kann bei veränderter Zusammengehörigkeit der Leistungen sich auch die Abhängigkeit der einzelnen Leistungen in ihrem Umfange ändern. So kann sich bei Trennung einzelner Leistungen oder Geschäfte auch die Abhängigkeit derselben in ihrem Umfange aufheben. Die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen ist aber in der Regel für deren Abhängigkeit in ihrem Umfange nicht alleine ausschlaggebend, sie kann aber auch hier unter Umständen die Annahme einer besonderen Abhängigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte erleichtern.

Auch kann nicht schon aus der Stellung der Leistungen als Leistung und Gegenleistung oder als Haupt- und Nebenleistung allein auf zweiseitige oder einseitige Abhängigkeit dieser in ihrem Umfange voneinander geschlossen werden. Auch Gegenleistungen können zueinander in ihrem Umfange in nur einseitiger Abhängigkeit stehen oder Haupt- und Nebenleistungen können gegenseitig in ihrem Umfange voneinander abhängig sein. Die Besonderheit der Natur der Geschäfte, dass einzelne Leistungen als Leistungen und Gegenleistungen zueinander stehen oder als Haupt- und Nebenleistun-

gen, kann unter Umständen die Annahme einer einseitigen oder zweiseitigen Abhängigkeit der einzelnen Leistungen in ihrem Umfange erleichtern, wie etwa besondere Umstände in gleicher Weise wichtig sein können.

c) Der Umfang der einzelnen Leistungen unabhängig oder abhängig vom Umfange anderer mit diesen zusammengehörigen Leistungen ergibt sich vertraglich sehr oft aus nur stillschweigender Festlegung derselben. Denn oft ergibt sich besonderer Umfang der einzelnen Leistungen unzweideutig nach Treu und Glauben durch die selbstverständliche Berücksichtigung der Zweckbestimmung der Geschäfte, wie sie nach der Natur der Geschäfte und den vorliegenden Umständen und den Interessen der Einzelnen besteht, soweit diese gegenseitig bekannt oder erkennbar sind. So dürfte etwa ein Bahnbeamter auch ohne ausdrückliche Erwähnung wissen, dass bei Aufhebung des Dienstverhältnisses auch die «Miete» der Dienstwohnung aufhört. Auch dürfte der Halter des Bierdepots einer Brauerei erkennen können, dass mit Beendigung der Ueberlassung des Depots gleichzeitig sich auch die Befugnis zur Benutzung der im Depot befindlichen «gemieteten» Wohnung beendet, und die Lieferung von Bier von Seiten der Brauerei mit gleichem Zeitpunkt ihr Ende findet, da das ganze Verhältnis, wie das Bundesgericht entschied, eine Einheit darstelle, was auch dem Bierdepothalter bekannt oder erkennbar war. 41 II 105. Ebenso 25 II 373, 38 II 551, 43 II 512, 51 II 162, Guhl S. 185.

Eine ausdrückliche Festlegung des Umfanges der einzelnen Leistungen unabhängig oder abhängig vom Umfange anderer mit diesen zusammengehörigen Leistungen findet sich nur dort, wo besondere Gründe hiefür vorliegen. So, wo sie sich nicht in unzweideutiger Weise nach Treu und Glauben ergibt, etwa wo die erheblichen besonderen Umstände oder die Interessen der Einzelnen oder die Zweckbestimmung der Geschäfte nicht beidseitig genügend bekannt oder erkennbar sind, dass sich eine Festlegung durch selbstverständliche Berücksichtigung derselben ergeben könnte. Aber ausdrückliche Festlegung ist auch häufig zum Zwecke besonderer Klarheit der Rechts-

verhältnisse. Im obigen Beispiel würde für den Bahnbeamten eine ausdrückliche Vertragsbestimmung etwa lauten: «Wird das Dienstverhältnis aufgelöst, so endigt mit dem gleichen Zeitpunkt auch die Miete der Dienstwohnung.» Eine ausdrückliche Festlegung des Umfanges der einzelnen Leistungen ist aber auch dort notwendig, wo sie abweichend von der sich nach Treu und Glauben ergebenden Abhängigkeit voneinander festgelegt werden soll, etwa zur besonderen Begünstigung eines der Beteiligten oder, weil die Vertragsschliessenden eine besondere andere Festlegung für vorteilhafter finden.

Aber selbst ein ausdrücklich festgelegter Umfang der einzelnen Leistungen in ihrem Umfange abhängig voneinander, kann unter Umständen nach Treu und Glauben für veränderte Verhältnisse nicht gelten, wenn gegenseitig bekannt oder erkennbar war, dass der festgelegte Umfang in Abhängigkeit vom Umfang anderer Leistungen nicht auch für veränderte Verhältnisse gelten solle, wie etwa wenn die Zusammengehörigkeit der Leistungen sich ändert. So kann bei Trennung sonst zusammengehöriger Leistungen oder Geschäfte die auch ausdrücklich festgelegte Abhängigkeit derselben sich aufheben und Unabhängigkeit der einzelnen Leistungen in ihrem Umfange voneinander bestehen. Man vergleiche hiezu auch OR 373, wo für die Wesentlichkeit der ausserordentlichen Umstände, die die veränderten Verhältnisse kennzeichnen, bestimmt ist: «. . . die nicht vorausgesehen werden konnten und die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren». Guhl S. 133.

Oft ergibt sich aber der Umfang der einzelnen Leistungen weder ausdrücklich noch stillschweigend, nach Treu und Glauben. Dann hat der Richter, wenn sich die Einzelnen über denselben nicht einigen können, über diesen zu entscheiden, wobei er unter Umständen auch die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen für eine etwaige Abhängigkeit in ihrem Umfange voneinander zu beachten hat. Denn für eine den bestehenden Verhältnissen angemessene Festlegung des Umfanges der einzelnen Leistungen hat er von der Natur der Geschäfte auch die vorliegende Zusammengehörig-

keit der einzelnen Leistungen zu beachten, neben den vorliegenden Umständen und den Interessen der Einzelnen. Man vergleiche auch OR 2.

Diese Festlegung des Umfanges der einzelnen Leistungen oder Geschäfte durch den Richter unabhängig oder aber abhängig vom Umfange anderer mit diesen zusammengehörigen Leistungen ist besonders häufig bei veränderten Verhältnissen. Da häufig die Einzelnen solche veränderte Verhältnisse nicht in Betracht ziehen, oder die Berücksichtigung einer solchen oft nicht gegenseitig bekannt oder erkennbar ist, so dass keine stillschweigende Festlegung, nach Treu und Glauben, dieser besteht. Dann hat der Richter nach der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte und den Umständen deren Abhängigkeit in ihrem Umfange den so veränderten Verhältnissen anzupassen.

d) Der Umfang der einzelnen Leistungen wird aber oft auch durch gesetzliche Bestimmungen festgelegt. Diese Gesetzesbestimmungen betreffen aber meist nur den Umfang der einzelnen Leistungen, wie sich dieser unabhängig vom Umfange anderer mit diesen zusammengehörigen Leistungen oder aber dann abhängig ergibt, etwa wenn die Leistungen als Leistung und Gegenleistung zueinander stehen.

Hier ist auf die Eigenart der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse als Regelung nur einzelner besonderer Verhältnisse und Anwendung deren Bestimmungen sinngemäss auch auf andere, im wesentlichen gleiche Verhältnisse hinzuweisen. Man vergleiche die Ausführungen im III. Abschnitt unter Ziffer 3. Dies ist für die Anwendbarkeit der vorhandenen Gesetzesbestimmungen auf den Umfang der einzelnen Leistungen sehr zu beachten. Im Gesetze finden sich, wie erwähnt, über den Umfang der einzelnen Leistungen fast nur Bestimmungen, die einzig den Umfang der Hauptleistungen besonderer Art oder aber deren Gegenleistungen betreffen. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen bei von Hauptleistungen ab-

hängigen anderen Hauptleistungen oder abhängigen Nebenleistungen ergibt sich sehr häufig nur durch sinngemässe entsprechende Anwendung.

Für die Anwendbarkeit der einzelnen Gesetzesbestimmungen sind dann besonders häufig die mit diesen verfolgten Zwecke zu beachten. Unabhängig von der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen, einzig nach der weiteren Natur der Geschäfte und den vorliegenden Umständen, ergibt sich meist Anwendbarkeit derjenigen Bestimmungen, die nach der Zweckbestimmung der Geschäfte festlegen, was «richtige» Leistung sei, was «inbegriffen» ist. Besonders wichtig ist dies bei an sich schon zusammengesetzten Leistungen, die aus einzelnen Teilleistungen verschiedener Art bestehen, die aber nach ihrer Zweckbestimmung zusammen nur eine einzige selbständige Leistung bilden. So etwa bei Mitteilungen an den Auftraggeber, an den Besteller, an den Vermieter, an den Darleiher, oder etwa bei Aufbewahrung des Stoffes, der dem Besteller, Käufer gehört, durch den Unternehmer, Verkäufer u. a. Diese Bestimmungen sind meist entweder unmittelbar oder entsprechend anwendbar, naturgemäss unter Beachtung der vertraglichen Festlegung des Umfanges der einzelnen Leistungen, soweit diese für die gesetzliche Regelung erheblich ist.

Diese besonderen Gesetzesbestimmungen über besonderen Umfang der einzelnen Leistungen unabhängig vom Umfange anderer mit diesen zusammengehörigen Leistungen oder abhängig vom Umfange der Gegenleistungen sind aber meist nur gegenüber vertraglicher Regelung *subsidiär* oder sind Bestimmungen, die die vertragliche Regelung *vermutungsweise* betreffen. Denn mit diesen Bestimmungen über besonderen Umfang der einzelnen Leistungen wird meist nur bezweckt, klare Verhältnisse zu schaffen und, in diesem Rahmen aber nur, die Begünstigung der Schutzwürdigen damit zu verbinden. Hiezu die obigen Ausführungen im III. Abschnitt, Ziffer 3.

Jedoch ist für die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen, die den Umfang der einzelnen Leistungen unabhängig voneinander festlegen, sehr oft gerade die vertraglich festgelegte Abhängigkeit der einzelnen Leistungen in ihrem Umfange nach deren Zusammengehörigkeit wichtig. Diese sind dann oft nicht anwendbar, wenn sich der Umfang der einzelnen Leistungen nach der vertraglichen Regelung der Rechtsverhältnisse abhängig vom Umfange anderer mit diesen zusammengehörigen Leistungen ergibt. Dies kann sich unter Umständen schon bei vertraglich eindeutiger Regelung nach Treu und Glauben, stillschweigend ergeben. Damit wird aber gerade bei zusammengehörigen einzelnen Leistungen die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen eingeschränkt, denn häufig bestehen dann weder Zweifel über den vereinbarten Umfang der einzelnen Leistungen, noch ist vertraglich hierüber nichts bestimmt. Man vergleiche hiezu den Wortlaut von OR 267: «Ist eine bestimmte Dauer der Miete weder ausdrücklich noch stillschweigend vereinbart worden, . . .»

So kann etwa bei gemischten Dauerverhältnissen für die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen über die Beendigung derselben und die einzuhaltenden Kündigungsfristen sehr wichtig sein, wie die Dauerleistungen nach vertraglicher Festlegung in ihrem zeitlichen Umfange von einander abhängig sind. So kann sich etwa unter Umständen nach Treu und Glauben schon eindeutig ergeben, dass zusammengehörige Dauerverhältnisse zu gleicher Zeit ihr Ende finden sollen. Ohne solche Abhängigkeit der einzelnen Leistungen in ihrem Umfange könnte etwa für jede eine besondere Kündigung erforderlich sein und es könnten verschiedene gesetzliche Kündigungsfristen gelten. So etwa wäre, wenn ein Angestellter wohl in einer Wohnung des Dienstherrn, nicht aber in einer sogenannten Dienstwohnung wohnt, nicht unbedingt notwendig, dass, wenn ihm die Anstellung auf Monatsende mit 14-tägiger Frist gekündigt wird, er die Wohnung auf den gleichen Zeitpunkt verlasse, vielmehr könnte unter Umständen für die Wohnung eine besondere Kündigung und eine Frist von drei Monaten den besonderen Ver-

hältnissen angemessen sein. Man vergleiche hiezu auch BGE 41 II 105, wo entschieden wird, dass nach den Umständen des Einzelfalles die «Miete» der Dienstwohnung eines Bierdepot-halters sich im gleichen Zeitpunkt beendet, wie dessen «dienstvertragsähnliches» Verhältnis zur Brauerei, ohne dass sich der Halter auf die gesetzlichen Kündigungsfristen zur Auflösung der Wohnungsmiete berufen könne.

Wäre nur genau gleicher zeitlicher Umfang der Dauerleistungen festgelegt oder ergibt sich dieses nach Treu und Glauben eindeutig nach den vorliegenden Verhältnissen, so gilt dann meist die Kündigung einer auch für die andere und für beide ist eine gemeinsame Kündigungsfrist einzuhalten. Die Länge dieser Kündigungsfrist ist aber dann oft nach den Umständen des Einzelfalles zu bestimmen, nach der Eigenart des ganzen Verhältnisses unter Beachtung der mit den besonderen Bestimmungen vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke. Je nach der Natur der Geschäfte als Ganzes und der vorliegenden Umstände oder nach der Interessenlage der Einzelnen kann eine längere oder kürzere Frist den vorliegenden Verhältnissen angemessen sein. Meist wird wohl bei Haupt- und Nebenleistungen die Frist der Hauptleistung in Frage kommen, jedoch unter Umständen auch die Frist für die Beendigung der Nebenleistung.

3. Die Rechtsverhältnisse nach der Zusammengehörigkeit als Bindeglied der einzelnen Leistungen.

Die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen ist aber bei der Regelung der Rechtsverhältnisse bei Geschäften, die aus mehreren einzelnen Leistungen bestehen, besonders als Bindeglied der einzelnen Leistungen wichtig. Diese Bedeutung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen ist für den Bestand der Rechte und Verpflichtungen zu den einzelnen Leistungen sogar die unmittelbarste und gerade für diese besonders wichtig, weil für die Rechtsverhältnisse die Geschäfte ja stets in die einzelnen Leistungen zerfallen, da bloss diese

nicht die Geschäfte als Ganzes die Gegenstände der Rechte und Verpflichtungen bilden, und nur durch besondere Bedingtheit der Rechte und Verpflichtungen der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen entsprechend rechtlich zusammengehalten werden.

a) Durch die Berücksichtigung der Zusammengehörigkeit als Bindeglied der einzelnen Leistungen oder Geschäfte wird bei der Regelung der Rechtsverhältnisse dem Satze «Zusammengehöriges soll zusammen gelassen werden» stattgegeben, wie auch die Abhängigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte voneinander auch erst hiedurch für die Ausführung der Geschäfte rechtlich wirksam wird. Denn sowohl der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen als deren Abhängigkeit voneinander oder deren Wesentlichkeit für das Ganze rechtlichen Niederschlag zu geben, ist eine besondere Berücksichtigung der Zusammengehörigkeit oder Abhängigkeit notwendig.

Diese besondere Bedingtheit der Rechte und Verpflichtungen zu den einzelnen Leistungen nach deren Zusammengehörigkeit oder Abhängigkeit ist aber nicht eine von selbst eintretende Folge der Zusammengehörigkeit oder Abhängigkeit der einzelnen Leistungen voneinander. Vielmehr besteht diese nur bei besonderer Berücksichtigung der Zusammengehörigkeit oder Abhängigkeit der einzelnen Leistungen voneinander bei der Regelung der Rechtsverhältnisse. Fehlt eine solche Berücksichtigung, so besteht auch keine dieser entsprechende Bedingtheit der Rechte und Verpflichtungen.

Diese besondere Bedingtheit der Rechte und Verpflichtungen zu den einzelnen Leistungen ist aber umgekehrt oft auch für eine besondere Zusammengehörigkeit oder Abhängigkeit der einzelnen Leistungen voneinander bezeichnend, sodass oft auch aus einer festgelegten besonderen Bedingtheit der Rechte und Verpflichtungen auf eine besondere Zusammengehörigkeit oder Abhängigkeit der einzelnen Leistungen geschlossen werden kann, wenn feststeht, dass eine Berücksichtigung der Zu-

sammengehörigkeit bei der Regelung der Rechtsverhältnisse vorhanden ist. So könnte etwa daraus, dass ausdrücklich geregelt wäre, dass der eine nicht verpflichtet sei, ein bestimmtes Möbelstück zu kaufen, wenn er nicht auch die Wohnung vom andern miete, geschlossen werden, dass festgelegt sei, dass Kauf und Miete zusammen gehören oder wenigstens in einseitiger Abhängigkeit zueinander stehen sollen. Auch werden oft so durch besondere Gestaltung der Rechtsverhältnisse die diesen zu Grunde liegende Zusammengehörigkeit oder Getrenntheit oder Abhängigkeit der einzelnen Leistungen voneinander festgelegt.

b) Für die Zusammengehörigkeit als Bindeglied der einzelnen Leistungen ist besonders bezeichnend, dass sie hauptsächlich in der vertraglichen Regelung der Rechtsverhältnisse berücksichtigt wird. Dies ergibt sich nach den Zwecken, die mit der vertraglichen oder gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse verfolgt werden.

Der Hauptzweck, den die Einzelnen in ihrer vertraglichen Regelung der Rechtsverhältnisse verfolgen, besteht ja, wie oben im III. Abschnitt unter Ziffer 1 dargestellt, hauptsächlich darin, die Ausführung der Geschäfte als Ganzes zu sichern, wobei gerade die Ausführung der einzelnen Leistungen zueinander wichtig ist. Ausschlaggebend hiefür ist das meist sehr grosse Interesse der Einzelnen daran, dass die einzelnen Leistungen nach deren jeweiliger Zusammengehörigkeit oder Abhängigkeit voneinander ausgeführt werden und bloss dann getrennt werden, wenn eine solche Trennbarkeit auch vorhanden ist, sei es, dass sie verabredet oder auf andere Weise festgelegt wurde.

Nach den vom Gesetzgeber verfolgten Zwecken ist für die gesetzliche Regelung weniger die Regelung der Ausführung der Geschäfte in bezug auf deren einzelne Teile, einzelne Teilgeschäfte, einzelne Leistungen zueinander, als vielmehr die Ausführung oder Nichtausführung der Geschäfte als Ganzes wichtig. Man vergleiche hiez u auch die folgenden Ausführungen unter Ziffer 4, für die Regelung der Rechtsverhältnisse nach

der Zusammengehörigkeit als Teil der erheblichen Natur der Geschäfte, wo gerade die Ausführung oder Nichtausführung der Geschäfte als Ganzes im Vordergrunde ist.

c) Die besondere Bedingtheit der Rechte und Verpflichtungen zu den einzelnen Leistungen wird vertraglich durch die Berücksichtigung der Zusammengehörigkeit oder Abhängigkeit voneinander jedoch meist nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend, nach Treu und Glauben, vereinbart. Denn die Beteiligten haben meist sehr weitgehend Kenntnis von der Natur der Geschäfte, wie sie nach der besonderen Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen besteht, nach den vorliegenden Umständen und den Interessen der Einzelnen daran, dass «Zusammengehöriges zusammen gelassen werde» und daran, dass die Einzelnen in den Verträgen auch bezwecken, gerade die Ausführung der Geschäfte als Ganzes zu sichern. Die Interessen der Einzelnen an der Berücksichtigung der Zusammengehörigkeit in der vertraglichen Regelung der Rechtsverhältnisse treten meist sehr klar zutage und sind meist beidseitig bekannt oder erkennbar. Bei diesen Kenntnissen ist daher die Berücksichtigung der Zusammengehörigkeit wie der Abhängigkeit für eine entsprechende besondere Bedingtheit der Rechte und Verpflichtungen zu den einzelnen Leistungen nach Treu und Glauben oft selbstverständlich und bedarf keiner ausdrücklichen Erwähnung. So kann sich unter Umständen durchaus selbstverständlich nach Treu und Glauben ergeben, dass der Hausbesitzer verpflichtet bleibt, das Mobiliar allein zu liefern, auch wenn der Hauskauf nicht zustande kommt, wenn beiden Vertragsschliessenden erkennbar war, dass beide Geschäfte unabhängig voneinander seien, etwa weil der Käufer erklärt hatte, beides nachher doch getrennt weiterverkaufen zu wollen und auch der Verkäufer beides getrennt öffentlich angeboten hatte. So ergibt sich oft bei Abhängigkeit der Nebenleistungen oder Gegenleistungen von den Hauptleistungen nach Treu und Glauben, dass die Verpflichtung zur Gegenleistung oder zur Nebenleistung wegfällt, wenn die Hauptleistung nicht zur Ausführung kommt, etwa die Verpflichtung des Wirtes zur Verköstigung während eines Monats, wenn der Mieter das ge-

mietete Zimmer aus wichtigen Gründen vorher fristlos kündigt. Umgekehrt ist etwa derjenige, der den Transport einer Sache übernommen hat, unter Umständen nach Treu und Glauben verpflichtet, die Sache mit Sorgfalt zu verwahren, auch dann, wenn der Transport nicht zur Ausführung kommen sollte. Oser S. 783 und BGE 41 II 105.

In 67 II 123 entschied das Bundesgericht, dass der Darleiher entgegen dem blossen Wortlaute der Vertragsurkunde nicht verpflichtet sei, das Darlehen auf den angegebenen Zeitpunkt in voller Höhe auszurichten, wenn der Borger entgegen seiner Verpflichtung auch von anderen als nur dem Darleiher Rohmaterialien bezogen hat, denn ein solcher stillschweigender Vorbehalt sei nach den Kenntnissen der Beteiligten von der Natur des Geschäftes und den Umständen und damit von der Zusammengehörigkeit und Abhängigkeit der einzelnen Leistungen voneinander durchaus selbstverständlich.

Eine besondere ausdrückliche Festlegung der besonderen Bedingtheit der Rechte und Verpflichtungen zu den einzelnen Leistungen ist meist nur dort anzutreffen, wo besondere Gründe eine solche notwendig machen. Etwa dort, wo sich diese nicht in selbstverständlicher und unzweideutiger Weise nach Treu und Glauben ergibt, etwa weil die besondere Zusammengehörigkeit oder Abhängigkeit der einzelnen Leistungen oder die Interessen an der Berücksichtigung dieser in der Regelung der Rechtsverhältnisse nicht genügend beidseitig bekannt oder erkennbar sind. Oder etwa dort, wo besondere Klarheit der Rechtsverhältnisse erstrebt wird, besonders aber, wo eine Regelung in Abweichung von der, die sich nach Treu und Glauben ergeben würde, vereinbart wird. So könnten etwa die Beteiligten in obigem Beispiel bestimmen, dass das Mobiliar nicht zu liefern sei, wenn der Hauskauf nicht zustande kommen sollte, obschon beiden Beteiligten erkennbar ist, dass beide Geschäfte selbständig und eigentlich unabhängig voneinander sind. So können etwa auch bei nur teilweisem Dahinfallen eines Geschäftes, etwa weil es nur teilweise unmöglich ist, und damit die Verpflichtungen zu den diesem Teil entsprechenden Leistungen untergehen, unter Umständen beide Beteiligte zur

Ausführung des Geschäftes ohne den unmöglichen Teil nach Treu und Glauben verpflichtet bleiben oder, wenn sie es besonders vereinbarten, nicht mehr verpflichtet sein. Damit ist für die Rechtsverhältnisse der dahinfallende Teil des Geschäftes für das Ganze wesentlich, was er eigentlich nach der Interessenlage nicht wäre.

Aus der ausdrücklich festgelegten Bedingtheit der Rechte und Verpflichtungen zu den einzelnen Leistungen kann unter Umständen, wie oben erwähnt, zurück auf die stillschweigend vereinbarte Zusammengehörigkeit oder Abhängigkeit der einzelnen Leistungen geschlossen werden. So kann etwa daraus, dass bestimmt ist, dass der eine zu einer besonderen Leistung nicht verpflichtet sei, wenn eine besondere Leistung des anderen dahinfalle, auf eine stillschweigend vereinbarte Unabhängigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte oder besondere Trennbarkeit derselben geschlossen werden. Die so sich ergebende Unabhängigkeit der Leistungen oder Geschäfte kann dann etwa für die Frage der Angemessenheit eines Rücktrittsgrundes, wie unten noch dargestellt werden wird, erheblich sein.

Die Berücksichtigung der besonderen Zusammengehörigkeit nach Treu und Glauben ist jedoch auch wichtig für sog. veränderte Verhältnisse, wenn sich etwa wegen veränderter Umstände oder veränderter Interessenlage wie oben unter Ziffer 1 erwähnt, eine *veränderte Zusammengehörigkeit* der einzelnen Leistungen ergibt, oder wo die Interessen an deren Berücksichtigung andere werden. Häufig nämlich ergibt sich nach Treu und Glauben für solche veränderte Verhältnisse eine eindeutige Regelung, die selbst von einer ausdrücklich erwähnten abweichen kann, etwa wenn nach Treu und Glauben die ausdrückliche Regelung nur für die ursprünglich bestehenden Verhältnisse gelten soll, und sich nach Treu und Glauben die den veränderten Verhältnissen angemessene Lösung von selbst unzweideutig ergibt. Bei veränderten Verhältnissen kann so eine ausdrücklich vereinbarte Regelung der Rechtsverhältnisse nicht mehr anwendbar sein und durch eine den veränderten Verhältnissen angepasste Regelung, die sich nach Treu

und Glauben ergibt, ersetzt werden, wenn nach Treu und Glauben nicht angenommen werden kann, dass die ausdrücklich festgelegte Regelung auch für die veränderten Verhältnisse gelten soll. Häufig gelten die ausdrücklich vereinbarten Regelungen nach Treu und Glauben nicht bei wesentlich veränderten Verhältnissen. BGE 59 II 372, 45 II 354 und 386, 47 II 314, 391, 444, 48 II 252. Ergibt sich aber für die veränderten Verhältnisse die diesen angemessene Regelung nicht nach Treu und Glauben, so ist häufig unter Abwägung der Interessen der Einzelnen die Regelung durch Ergänzung der Verträge so aufzustellen, dass sie den veränderten Verhältnissen angemessen sind. Hiezu auch OR 2.

d) Bei der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse ist die Berücksichtigung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte als Bindeglied derselben für besondere Bedingtheit der Rechte und Verpflichtungen verhältnismässig selten. Denn die besondere gesetzliche Festlegung der besonderen Bedingtheit der Rechte und Verpflichtungen zu den einzelnen Leistungen unter besonderer Berücksichtigung der Zusammengehörigkeit oder Abhängigkeit derselben bei der Ausführung der Geschäfte in bezug auf deren einzelne Teile zueinander ist nach den mit der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse bei Geschäften verfolgten Zwecken selten notwendig, da dieses meist vertraglich, wenn auch oft nur stillschweigend, doch meist sehr klar geregelt wird oder aber auch gut vom Richter im einzelnen Fall nachträglich festgelegt werden kann, wenn die Einzelnen sich nicht einigen können. Auch ist eine besondere von der vertraglichen abweichende Regelung gerade dieser besonderen Bedingtheit nach Gesetz selten anzutreffen.

Auch eine subsidiäre Regelung ist hier nicht notwendig und auch nicht gut möglich, denn gerade diese Verhältnisse liegen häufig sehr klar und sind von der besonderen und veränderlichen Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen und den jeweils bestehenden besonderen Verhältnissen abhängig, so dass ein Entscheid über diese, wenn sich die Einzelnen nicht einigen können, besser dem Richter überlassen

bleibt. Auch lässt sich hier, neben der Schaffung klarer Verhältnisse, der Nebenzweck der subsidiären Bestimmungen, der Schutz der Schwachen, Unbesonnenen, Abhängigen nicht gut verbinden.

Für die Rechtsverhältnisse bei Leistung und Gegenleistung, die ja in der Regel unbedingt zusammengehören und in zweiseitiger Abhängigkeit zueinander stehen, wird in OR 119 Abs. 2 die besondere gegenseitige Bedingtheit der Verpflichtungen zu den einzelnen Leistungen festgelegt. Diese Bestimmung ist wohl gerade zum Zwecke besonderer Klarheit der Rechtsverhältnisse bei voneinander abhängigen Leistungen aufgestellt, damit hierüber auch gar keine Zweifel bestehen. Für die Bedingtheit der Rechte und Verpflichtungen zu Haupt- und Nebenleistungen fehlt eine Bestimmung. Soweit diese Leistungen in gegenseitiger Abhängigkeit stehen, liegen gleiche Verhältnisse vor wie bei Haupt- und Gegenleistungen, während für Haupt- und Nebenleistungen, die in nur einseitiger Abhängigkeit zueinander stehen, OR 119 wohl nur einseitig entsprechend anwendbar ist. Hier ist somit sehr wichtig, wie die Nebenleistungen zu den Hauptleistungen stehen und, je nach deren Wesentlichkeit für das Ganze oder für einander ist auch die besondere Bedingtheit der Rechte und Verpflichtungen eine besondere. Sie kann für Haupt- und Nebenleistungen nicht allgemein festgelegt werden.

4. Die Rechtsverhältnisse nach der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen als Teil der erheblichen Natur der Geschäfte.

Die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen ist aber bei Geschäften, die aus mehreren einzelnen Leistungen bestehen, auch als Teil der bei der Regelung der Rechtsverhältnisse erheblichen Natur der Geschäfte sehr wichtig. Für die Rechtsverhältnisse ist bei deren Regelung sehr oft erheblich, wie die Geschäfte auch in bezug auf die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen gestaltet sind.

a) Die Natur der Geschäfte, die bei der Regelung der Rechtsverhältnisse erheblich sein kann, ist oft je nach der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen sehr verschieden. Oft ist für die Regelung der Rechtsverhältnisse nicht gleichgültig, wie die einzelnen Leistungen der Geschäfte und welche zusammengehören. So etwa kann die erhebliche Natur der Geschäfte eine besondere sein, je nachdem, ob mehrere einfache Geschäfte aus Hauptleistungen und ihren Gegenleistungen selbständig sind oder zusammen ein einziges Geschäft mit Haupt- und Nebenleistungen bilden. Für die Rechtsverhältnisse kann so etwa sehr erheblich sein, ob ein Geschäft mit Kauf einer Sache oder ein Geschäft mit Miete einer anderen ein einziges Geschäft bilden, oder ob sie unabhängig voneinander bestehen, denn die Natur der Geschäfte ist je nachdem eine besondere. Auch kann etwa für die Natur der Geschäfte, wie sie bei der Regelung der Rechtsverhältnisse erheblich ist, wichtig sein, ob ein Darlehensverhältnis und der Bezug der vom Borger benötigten Waren nur vom Darleiher, als Leistung besonderer Art, miteinander verbunden sind, oder ob sie voneinander unabhängige Geschäfte mit eigenen Gegenleistungen bilden.

Jedoch ist die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen nicht immer als Teil der Natur der Geschäfte bei der Regelung der Rechtsverhältnisse erheblich. Für eine besondere Regelung kann auch unerheblich sein, wie die Geschäfte in bezug auf die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen gestaltet sind. Ob und wieweit die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte für die Rechtsverhältnisse erheblich ist, ergibt sich häufig nur nach den mit der jeweiligen Regelung verfolgten Zwecken. Oft kann nur nach diesen Zwecken ermittelt werden, ob und wie sie für eine vernünftige, den besonderen Verhältnissen angepasste Regelung der Rechtsverhältnisse zu berücksichtigen ist. So ist etwa bei der Regelung der Gewährleistung bei Sachleistungen meist nur die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit dieser wichtig, nicht auch, ob noch andere Haupt- oder Nebenleistungen mit den Sachleistungen und deren Gegenleistungen zusammengehören.

Da die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen und der einzelnen Geschäfte, wie oben angeführt, häufig nicht feststeht und veränderlich ist, kann damit auch die für die Regelung der Rechtsverhältnisse erhebliche Natur der Geschäfte nicht feststehen oder veränderlich sein. So kann sich bei veränderten Umständen oder veränderter Interessenlage durch die sich daraus ergebende veränderte Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte auch die für die Regelung der Rechtsverhältnisse erhebliche Natur der Geschäfte sehr verändern. So etwa bei Trennbarkeit einzelner Leistungen oder einzelner zusammengehöriger Geschäfte.

b) Diese besondere Bedeutung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen der Geschäfte als Teil der bei der Regelung der Rechtsverhältnisse erheblichen Natur der Geschäfte ist besonders dann vorhanden, wenn die Regelung die Ausführung der Geschäfte als Ganzes betrifft, denn sehr oft ist wichtig, wie gerade für diese die Geschäfte als Ganzes auch in bezug auf die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen gestaltet sind. Dies ist besonders dann anzutreffen, wenn bei der Regelung der Rechtsverhältnisse eine besondere Tatsache in Beziehung zur Natur der Geschäfte gesetzt wird. Denn dann kann die Bedeutung dieser Tatsachen für die Rechtsverhältnisse, etwa als wesentlicher Grund, je nach der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen der Geschäfte verschieden sein.

Bei Geschäften ist dies besonders ausgeprägt bei der Regelung der Gültigkeit der Verträge. Von dieser hängt ja auch dann die Ausführung der Geschäfte im ganzen ab. Bei Ungültigkeit der Verträge bestehen ja keine Verpflichtungen zu den einzelnen Leistungen der Geschäfte und für schon erbrachte Leistungen besteht von Gesetzes wegen eine Rückerstattungspflicht, wenigstens soweit der andere durch die unbegründete Leistung bereichert ist. OR 62 ff. Bei der Regelung der Gültigkeit der Verträge stehen erhebliche Tatsachen sehr oft in Beziehung zur ganzen Natur der Geschäfte, wie sie nach der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen besteht. Häufig betreffen die besonderen Tatsachen nur einzelne Lei-

stungen oder einzelne Teilgeschäfte oder von mehreren zusammengehörigen nur einzelne Geschäfte, und deren Bedeutung kann dann sehr verschieden sein, je nach dem, wie und welche einzelne Leistungen oder Geschäfte zusammengehören. So ist etwa für die Wesentlichkeit von Nichtigkeitsgründen oder Rücktrittsgründen, wie noch näher dargestellt werden wird, nicht nur die vorhandene Tatsache massgebend, sondern ebenfalls die Geschäfte, wie sie nach der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen vorliegen. Denn häufig ist sehr wichtig, welches Geschäft nicht zur Ausführung kommen soll und damit auch welcher Vertrag ungültig wird. Daher ist oft für jeden einzelnen Fall zu untersuchen, ob solche Gründe nach den erheblichen besonderen vorliegenden Tatsachen wie nach der Natur der Geschäfte für die Ungültigkeit der Verträge wesentlich sind.

Hier ist nun aber noch hervorzuheben, dass die Verträge oft auch nur teilweise gültig oder ungültig sein können, und sich dann oft die Ausführung der Geschäfte auch nur teilweise ergibt. Dabei ist natürlich oft der Grund für die Ungültigkeit der Verträge und damit für die Nichtausführung der Geschäfte nach dem Teil der Verträge, der ungültig wird, oder nach den Geschäften, wie sie nicht ausgeführt werden sollen, zu bemessen. So kann der Vertrag über die Rechtsverhältnisse zu mehreren, jedoch zusammengehörigen Geschäften, soweit er ein Geschäft betrifft, wegen eines Grundes, der bloss mit diesem Geschäfte zusammenhängt, ungültig sein, wobei sich der Grund nur nach diesem einen Geschäfte bemisst, in bezug auf die anderen Geschäfte kann der Vertrag gültig bleiben und diese Geschäfte können dann zur Ausführung kommen. Zur völligen Ungültigkeit der Verträge und damit zur Nichtausführung aller Geschäfte, die der Vertrag betrifft, könnte jedoch etwa auch die vorhandene besondere Tatsache als Ungültigkeitsgrund dann ungenügend sein.

Die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen als Teil der für die Regelung der Rechtsverhältnisse erheblichen Natur der Geschäfte wird in der vertraglichen wie in der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse in gleicher Weise berücksich-

tigt, jedoch ist sie gerade für die gesetzliche Regelung von besonderer Bedeutung.

c) Bei der vertraglichen Regelung der Rechtsverhältnisse ist die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen als Teil der für die Rechtsverhältnisse erheblichen Natur der Geschäfte oft auch erheblich und so für die Ausführung oder Nichtausführung der Geschäfte als Ganzes wichtig. Häufig ist für die Ungültigkeit der Verträge und damit der Nichtausführung der Geschäfte nach der vertraglichen Regelung der Rechtsverhältnisse die Wesentlichkeit eines Grundes neben den vorliegenden besonderen Tatsachen auch von der Natur der Geschäfte, wie sie nach der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen besteht, abhängig und mit dieser unter Umständen veränderlich.

Dies zeigt sich besonders bei der vertraglichen Regelung der Gültigkeit der Verträge selber, hauptsächlich bei der vertraglichen Regelung des Rücktrittes vom Vertrag. Die Gründe, bei denen der Rücktritt vom Vertrag gestattet sein soll, sind bei vernünftiger Festlegung sehr häufig einerseits von besonderen Tatsachen, andererseits von der Natur der Geschäfte, wie sie auch nach der jeweiligen Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte besteht, abhängig. Die Wesentlichkeit eines Rücktrittsgrundes ist so oft abhängig vom Umfange des Rücktrittes vom Vertrag, und damit vom Umfange der Nichtausführung der Geschäfte.

Werden die Rücktrittsrechte stillschweigend gewährt, so ist ganz besonders häufig bei deren Ermittlung neben den besonderen erheblichen Tatsachen auch die Natur der Geschäfte zu berücksichtigen. Denn nach Treu und Glauben werden sehr oft in selbstverständlicher Weise und dem anderen erkennbar besondere Rücktrittsrechte vorbehalten. Auch ist dabei die Wesentlichkeit eines Rücktrittsgrundes nach den vorliegenden Umständen und den Interessen der Einzelnen, soweit diese gegenseitig bekannt oder erkennbar sind, oft sowohl in Berücksichtigung der vorliegenden Natur der Geschäfte als der jeweiligen besonderen Tatsachen vereinbart. Diese Anpassung der Rücktrittsrechte an die besonderen vorliegenden Verhält-

nisse ist, nach Treu und Glauben, oft sehr weitgehend selbstverständlich. Häufig ergibt sich so eine stillschweigende Vereinbarung besonderer Rücktrittsrechte nach Treu und Glauben, wenn nach den Umständen gegenseitig bekannt oder erkennbar ist, dass für besondere Verhältnisse der Vorbehalt besonderer Rücktrittsrechte selbstverständlich ist. So auch, wenn der Vorbehalt solcher Rücktrittsrechte etwa einer vorhandenen Uebung entspricht und dies gegenseitig bekannt ist. Das Bundesgericht entschied in 67 II 123, dass der Borger nicht das Recht habe, wie vertraglich ausdrücklich festgelegt, bei Verzug des Darleihers mit der Ausrichtung des Darlehens vom Vertrage zurückzutreten, wenn er selber durch unrichtige Leistung seinerseits, Beziehen von Rohmaterialien auch von anderen, den Darleiher zur Zurückbehaltung seiner Darlehensgewährung veranlasst hatte.

Oft ist daher bei der Ermittlung dessen, was nach Treu und Glauben und vernünftigerweise verabredet wurde, die Beziehung der besonderen vorliegenden Tatsachen zur Natur der Geschäfte, wie sie nach der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen besteht, sehr zu beachten. So kann etwa das Recht, eine Sache bei besonderen Mängeln dem Verkäufer zurückzugeben, stillschweigend vereinbart sein, wenn feststeht, dass beidseitig bekannt ist, dass dies der Uebung bei solchen Geschäften entspricht und nach Treu und Glauben eine Abweichung ausdrücklich erwähnt werden müsste, oder es könnte nach Treu und Glauben feststehen, dass besondere Mängel der Kaufsache bei einem Geschäft aus Kaufgeschäft und Darlehen für den Rücktritt vom ganzen Vertrag in bezug auf das ganze Geschäft als Rücktrittsgrund nicht genügend sei.

Dabei kann sich aber auch nach Treu und Glauben für veränderte Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen eine selbstverständliche andere Bedeutung der vorhandenen Tatsachen als Rücktrittsgründe ergeben. Bei veränderter Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen können besondere Rücktrittsrechte unter Umständen nicht mehr genügend sein und andere bisher ungenügende genügend werden. Dies ist etwa der Fall, wenn für die stillschweigend vereinbar-

ten Rücktrittsrechte auf die besondere Natur der Geschäfte, wie sie nach der besonderen Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen besteht, Bezug genommen wird und dies gegenseitig bekannt oder erkennbar war, so dass sich auch für veränderte Verhältnisse nach Treu und Glauben eine selbstverständliche Berücksichtigung derselben ergibt. Man vergleiche hiezu Guhl S. 140.

Für solch veränderte Verhältnisse durch veränderte Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen fällt auch meist eine ausdrückliche vertragliche Regelung der Rücktrittsrechte, da oft eine etwa vorhandene nur auf die Natur der Geschäfte, wie sie bei ursprünglicher Zusammengehörigkeit besteht, Bezug nimmt, und nicht angenommen werden kann, dass nach Treu und Glauben vereinbart sei, dass die ausdrücklich vereinbarte Regelung auch für veränderte Verhältnisse gelten solle. So kann etwa ein vertraglich ausdrücklich festgelegtes Rücktrittsrecht bei veränderter Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen nicht mehr gewährt sein, wenn die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte eine unbedingte wird, denn dann ist nach Treu und Glauben unter Umständen der Rücktrittsgrund nicht mehr genügend. Oft ergibt sich jedoch auch hier nach Treu und Glauben auch für solch veränderte Verhältnisse durch veränderte Zusammengehörigkeit eine klare vertragliche Regelung der Rücktrittsrechte, nämlich dann, wenn gegenseitig bekannt oder erkennbar war, dass für die veränderten Verhältnisse eine diesen angemessene Regelung gelten solle. So wird oft bei der Festlegung besonderer Rücktrittsrechte auf die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte in der Weise Bezug genommen, dass nach Treu und Glauben selbstverständlich ist, dass bei veränderten Verhältnissen nicht die ausdrücklich erwähnte gelten soll, sondern die sich nach Treu und Glauben ergebende für diese gegenseitig erkennbar in Betracht gezogene.

Oft ist jedoch für solche durch veränderte Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte veränderte Verhältnisse dann, wenn sich weder ausdrücklich noch still-

schweigend, nach Treu und Glauben, eine Regelung der Rücktrittsrechte ergibt, die Vereinbarung zu ergänzen und die Regelung aufzustellen, die vernünftigerweise von den Einzelnen vereinbart worden wäre, wenn sie sich geeinigt hätten und wenn sie die besonderen veränderten Verhältnisse dabei berücksichtigt hätten. Dies ist bei veränderten Verhältnissen sehr häufig. Hier ist dann dieser besonderen Regelung in Ergänzung der Verträge die veränderte Natur der Geschäfte zu Grunde zu legen. OR 2, Abs. 2.

d) Ganz besonders ist aber die Natur der Geschäfte, wie sie durch die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen gekennzeichnet ist, bei der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse zu Geschäften wichtig, denn die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder der einzelnen Geschäfte ist auch in der gesetzlichen Regelung nach den mit dieser verfolgten Zwecken sehr oft berücksichtigt, wo sie auch in bezug auf die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen der Geschäfte den besonderen Verhältnissen angepasst ist.

Ob und wie die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen als Teil der Natur der Geschäfte bei der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse berücksichtigt wird, ergibt sich oft nur nach den mit den einzelnen Bestimmungen verfolgten Zwecken, so dass dafür das Gesetz auf seinen Zweck hin auszulegen ist. Dies ist hauptsächlich für die Anwendbarkeit der einzelnen Gesetzesbestimmungen zu beachten, da das Gesetz ja, wie oben ausgeführt, nur Bestimmungen für einzelne besondere Verhältnisse enthält und bei besonderer Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte häufig in bezug auf diese geregelten Verhältnisse abweichende besondere Verhältnisse bestehen. Für solche durch besondere Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte gekennzeichnete besondere Verhältnisse können dann die Gesetzesbestimmungen entweder unmittelbar oder noch entsprechend angewendet werden, oder aber die vorhandenen Gesetzesbestimmungen sind nicht anwendbar, sodass dann nach der Bestimmung zu entscheiden ist, die der Gesetzgeber auf-

stellen würde, ZGB 1 Abs. 2, und die den vorliegenden Verhältnissen, wie sie durch die besondere Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte gekennzeichnet sind, anzupassen sind.

Bei veränderter Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte kann sich häufig auch die Anwendbarkeit der einzelnen Gesetzesbestimmungen ändern. Bei Trennung einzelner zusammengehöriger Leistungen oder Geschäfte können unter Umständen vorher nicht anwendbare Gesetzesbestimmungen anwendbar werden oder umgekehrt vorher anwendbare nicht mehr anwendbar sein.

Auch für diese gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse ist die Möglichkeit der nur teilweisen Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verträge sehr wichtig. In OR 20 Abs. 2 wird diese Teilungültigkeit für die gesetzliche Nichtigkeit der Verträge ausdrücklich erwähnt. Diese Bestimmung kann auch auf die Verhältnisse bei anderen Ungültigkeitsgründen entsprechend übertragen werden. Guhl S. 64, Oser S. 150, 152. Bei Geschäften aus mehreren einzelnen Leistungen hat, wie oben ausgeführt, die teilweise Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verträge oft gerade so Sinn, wie eine Trennbarkeit der einzelnen Leistungen oder der einzelnen Geschäfte besteht. Bei Geschäften ist die oben erwähnte Abhängigkeit oder Trennbarkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte oft massgebend dafür, ob und inwieweit die Verträge von der Ungültigkeit betroffen werden. Die Berücksichtigung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen nach der Interessenlage wird auch in OR 20 Abs. 2 durch die Wendung hervorgehoben, dass die Verträge nur dann teilweise nichtig seien, «wenn nicht anzunehmen ist, dass sie ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden wären».

Jedoch wird bei der gesetzlichen Regelung der Gültigkeit der Verträge die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte als Teil der für diese erheblichen Natur der Geschäfte durchaus nicht immer berücksichtigt. Von der Natur der Geschäfte ist für diese oft nicht erheblich, wie

die einzelnen Leistungen oder Geschäfte zusammengehören. Dann ist die Gültigkeit der Verträge nach den Gesetzesbestimmungen nur von den erheblichen besonderen Tatsachen, besonderen Umständen abhängig, unbeachtlich auch des Umfanges der Ungültigkeit der Verträge, wie sie nach der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte Sinn hat.

So ist etwa auch nach den Zwecken, die mit den Bestimmungen über besondere Form der Verträge verfolgt werden, die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder der einzelnen Geschäfte nicht wesentlich. OR 11 ff. Die fehlende Form ist, wenn auch nur für einen sehr kleinen Teil der Verträge, etwa nur in bezug auf eine Leistung oder nur ein Geschäft, stets für die Ungültigkeit des betreffenden Teiles des Vertrages ausschlaggebend, unbeachtlich des Vertrages, wie er neben dem ungültigen Teile besteht. Der Grund für die Ungültigkeit der Verträge ist hier also von der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen unabhängig. Ob damit dann der ganze Vertrag ungültig oder nur zum Teile nichtig ist, ermittelt sich auch nach der Regel von OR 20, Abs. 2, dass der Vertrag als Ganzes ungültig sei, wenn er ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden wäre. Guhl S. 64, Oser S. 152 N. 71. BGE 44 II 345, 50 II 250, 58 II 364, 60 II 98, wo fehlende öffentliche Beurkundung für den Vertragsteil einen Grundstückskauf betreffend und Nichtigkeit des ganzen Vertrages, weil die Uebertragung des Grundstückes die Hauptleistung des Geschäftes darstellt, ebenso 63 II 417, wo der Vertrag über die Verpflichtung, ein Haus zu kaufen und gegen ein besonderes Entgelt in Stand zu stellen, wegen fehlender notarieller Beurkundung auch in bezug auf die zu besorgenden Arbeiten nichtig ist, weil beides zusammenhängt.

So sind auch bei fehlender Vertretungsbefugnis die Verträge nichtig, unabhängig vom Umfange der Ungültigkeit, ob sie ein Geschäft ganz oder nur zum Teil betreffen oder von mehreren alle oder nur eines. Auch hier können die Verträge nur teilweise ungültig sein, wenn sie ohne den nichtigen Teil auch geschlossen worden wären. OR 32 ff, ZGB 408, 421 ff.

Ebenso sind die Gründe für die gesetzliche Nichtigkeit der Verträge, wenn sie oder die Geschäfte, die sie betreffen, wider die guten Sitten sind, oder weil deren Inhalt widerrechtlich ist, in der Regel nicht abhängig vom Umfange der Nichtigkeit der Verträge und damit vom Umfange der Nichtausführung der Geschäfte. OR 19 und 20. So ist diese gesetzliche Nichtigkeit meist nur abhängig von den besonderen Umständen, den Nichtigkeitsgründen, nicht auch von der Natur der Geschäfte, wie sie nach der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen besteht. Ist ein Geschäft widerrechtlich oder wider die guten Sitten, so ist der Vertrag über dieses Geschäft nichtig, unbeachtlich, ob dieser noch andere mit diesem zusammengehörige Geschäfte betrifft. Ob der Vertrag auch in bezug auf jene nichtig ist, bestimmt sich in Abwägung der Interessen der Beteiligten, nach OR 20 Abs. 2 je nachdem, ob und wie der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre.

Aber auch für die Zulässigkeit des Rücktrittes vom Vertrag kann oft die Erheblichkeit eines Rücktrittsgrundes vom Umfange des Rücktrittes und damit vom Umfange der Nichtausführung der Geschäfte unabhängig sein. Dies kann sich unter Umständen aus den mit den betreffenden Bestimmungen vom Gesetzgeber verfolgten Zwecken ergeben. Diese Unabhängigkeit der Rücktrittsgründe von der Natur der Geschäfte nach der besonderen Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen besteht etwa dort, wo auf wichtige Gründe verwiesen wird. Diese stehen häufig nicht in Abhängigkeit vom Umfange der Geschäfte nach der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen. Man vergleiche etwa OR 254, wo die Aufhebung eines Mietverhältnisses durch Rücktritt vom Vertrag, wenn das Bewohnen der Mieträume gesundheitsschädigend ist, natürlich unabhängig von der Zusammengehörigkeit dieser mit anderen Leistungen, etwa Dienstleistungen, gestattet ist. Ebenso OR 352 mit Beispiel in BGE 41 II 105, wo die Auflösung des «dienstvertragsähnlichen Verhältnisses» durch Rücktritt vom Vertrag unabhängig von den andern mit diesem zusammengehörigen Beziehungen gewährt ist. Stets ist auch hier nach OR 20 zu untersuchen, wie weit durch den Rücktritt

die Verträge ungültig sind, wie weit sie auch ohne den wegfallenden Teil geschlossen worden wären.

Die Natur der Geschäfte, wie sie nach der besonderen Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen besteht, ist jedoch für das Nichtentstehen der Geschäfte bei mangelnder Einigung über einen Punkt derselben oft erheblich, da für diese meist nicht nur der betreffende Punkt, über den die Einigung fehlt, sondern auch die Verträge, und in welchem Umfange sie nicht zustande kommen, erheblich sind. OR 2. Bei Geschäften, die aus mehreren einzelnen Leistungen oder Geschäften bestehen, kann der Vertragspunkt, über den die Einigung fehlt, etwa nur eine Leistung oder ein Geschäft betreffen und trotzdem durch teilweise oder ganze Ungültigkeit der Verträge die Nichtausführung der Geschäfte ganz oder nur teilweise beeinflussen. Auch kann die mangelnde Einigung über diesen Punkt für das Zustandekommen des Vertrages wesentlich sein oder nicht, je nachdem ob eben der Vertrag ganz oder nur zum Teile nicht zustande kommt. Man vergleiche hiezu BGE 25 II 478, wo trotz Ungültigkeit der Vertrages im Ganzen der Punkt, der nur ein Geschäft von mehreren zusammengehörigen betrifft, für diesen doch wesentlich ist.

Ebenso ist die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oft wichtig für die Wesentlichkeit eines Grundes für einseitige Unverbindlichkeit der Verträge, bei Uebervorteilung, OR 21, bei Irrtum, absichtlicher Täuschung oder Drohung, OR 23 ff, 28, 29. Die wesentlichen Tatsachen, die Uebervorteilung, der Irrtum, die Täuschung, die Drohung, beziehen sich oft nur auf einzelne Leistungen oder einzelne Geschäfte und sind dann für die Unverbindlichkeit der Verträge wesentlich oder nicht, auch je nachdem wie die einzelnen Leistungen oder Geschäfte trennbar sind und damit wieweit die Verträge ganz oder teilweise unverbindlich sind. So kann etwa ein Irrtum über die Grundlagen eines Kaufgeschäftes unter Umständen für den Vertrag über das ganze Geschäft als Kauf- und Darlehensgeschäft nicht wesentlich sein, wäre es aber unter Umständen für den Vertrag über das Kaufgeschäft allein, wenn dieses vom Darlehensgeschäft ganz unabhängig wäre. So

könnte auch die Uebervorteilung in bezug auf ein Geschäft wohl für dieses allein wesentlich sein, für zusammengehörige Geschäfte jedoch nicht. BGE 45 II 441.

Diese Abhängigkeit der Wesentlichkeit eines Grundes und der durch besondere Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder einzelnen Geschäfte gekennzeichneten Natur der Geschäfte zeigt sich besonders bei der gesetzlichen Regelung der Rücktrittsrechte. Auch hier kann die Wesentlichkeit eines Rücktrittsgrundes von der besonderen Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte abhängig sein, denn häufig ist nicht ohne Belang, von welchem Vertrag und wieweit von diesem zurückgetreten wird und damit wieweit oder wieviel von den Geschäften hiedurch nicht zur Ausführung kommt. So könnte etwa für den Rücktritt vom Vertrag in bezug auf mehrere zusammengehörige Geschäfte, die alle miteinander bei Rücktritt nicht ausgeführt würden, der nach Gesetz in bezug auf ein Geschäft wohl genügende Rücktrittsgrund für den Rücktritt vom ganzen Vertrage nicht genügen. So dürfte etwa die mangelhafte Ausführung zusätzlicher besonderer Arbeiten durch den Verkäufer am Gegenstande des Verkaufes, nicht unbedingt den anderen berechtigen, vom Vertrage in bezug auf das ganze Geschäft, also auch vom Kaufe, zurückzutreten. Ist die zusätzliche Arbeit vom Kaufe trennbar, so ist wohl ohne Einschränkung Anwendbarkeit des Art. 368 OR über den Rücktritt bei Mängeln des bestellten Werkes anwendbar. Auch BGE 42 II 349 und 51 II 57.

So wird etwa auch der Rücktritt vom Vertrag bei Verzug mit einer Leistung nur gewährt, wenn diese Leistung für das Ganze wesentlich ist, somit nicht bei einer für das Ganze unwesentlichen Nebenleistung. OR 107. Man vergleiche hiezu Oser S. 578, N. 38, v. Tuhr S. 552. In wieweit diese Nebenleistung für das Ganze wesentlich ist oder nicht, hängt etwa auch davon ab, wie weit die einzelnen Leistungen oder Geschäfte trennbar sind und damit wieweit von den Verträgen zurückgetreten werden kann. So könnte etwa der Verzug mit einer Sachleistung für den Rücktritt vom Kaufgeschäft allein genügend sein, wenn das mit ihm zusammengehörige Haupt-

geschäft, das Darlehensgeschäft, mit diesem nicht unbedingt zusammengehört. Man vergleiche hiezu auch BGE 45 II 319, wo der Rücktritt von einem zweiten Geschäft nicht gewährt wird, weil der Lieferant mit einer Sachleistung beim ersten im Verzuge ist.

Diese Abhängigkeit der Wesentlichkeit eines Grundes für den Rücktritt vom Vertrag von der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte und damit vom Umfange des Rücktrittes, ist besonders häufig bei *subsidiären Bestimmungen* über die Rücktrittsrechte, weil bei diesen oft ganz besonders, ähnlich der vertraglichen Regelung der Rücktrittsrechte, für die Rücktrittsgründe die jeweiligen Verhältnisse voll berücksichtigt werden. Sie gelten aber meist nur für einzelne besondere Verhältnisse und, in entsprechender Anwendung, für andere, ähnliche, im wesentlichen gleiche Verhältnisse. Damit ist häufig deren Angemessenheit bei diesen anderen besonderen Verhältnissen besonders zu beachten. Die vorhandenen Gesetzesbestimmungen betreffen meist nur die Rechtsverhältnisse und damit die Rücktrittsrechte bei Geschäften, die nur aus einer Hauptleistung besonderer Art und einer Gegenleistung, auf deren Art es nicht ankommt, bestehen. Bei Geschäften mit mehreren Haupt- und Nebenleistungen ist sehr häufig die Angemessenheit dieser Gesetzesbestimmungen auf die andern besonderen Verhältnisse nach der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen besonders zu untersuchen. Diese Bestimmungen können wohl unter Umständen auch dann unmittelbar anwendbar sein, oder aber auch noch entsprechend. Bei Nichtanwendbarkeit derselben ist der Rücktrittsgrund zu ermitteln, der den vorliegenden Verhältnissen angemessen ist, und die Bestimmung aufzustellen, wie sie der Gesetzgeber aufstellen würde. ZGB 1 Abs. 2. Zudem ist dann bei den subsidiären Bestimmungen auch die vertragliche Regelung der Rücktrittsrechte, wie deren Ermittlung oben unter Ziffer c erwähnt wurde, zu beachten, wie sie sich ausdrücklich oder nach Treu und Glauben, stillschweigend ergibt.

Auch kann sich bei veränderten Verhältnissen durch *veränderte Zusammengehörigkeit* der einzelnen Lei-

stungen oder Geschäfte die Erheblichkeit der besonderen Tatsachen als Rücktrittsgründe ändern, und es können vorher nicht erhebliche Rücktrittsgründe nachträglich erheblich oder erhebliche Rücktrittsgründe unerheblich werden. So etwa dürfte, wie das Bundesgericht entschied, der Rücktritt vom Vertrag in bezug auf die Miete nicht gestattet sein, wenn die Heizung, die erhöhte Kosten erfordert, durch den Vermieter besorgt, bei veränderten Verhältnissen von der Miete getrennt werden kann. Wenn die Heizung aber eine für das Ganze wesentliche Nebenleistung darstellt, so kann nur eine Erhöhung des Entgeltes für die höheren Heizungskosten verlangt werden oder die Auflösung des Ganzen. 47 II 314.

Unter Umständen kann auch den vorliegenden veränderten Verhältnissen angemessen sein, dass der Rücktritt vom Vertrag in bezug auf einen Teil der Geschäfte oder auf ein Teilgeschäft gewahrt wird und dafür die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte aufgegeben oder aufgehoben wird. Dies ist jedoch auch nur dort angebracht, wo eine Trennbarkeit der einzelnen Leistungen oder Geschäfte ohne erhebliche Verletzung der Interessen der Einzelnen an der Zusammengehörigkeit möglich ist.

Schlusswort.

Mit obigen Ausführungen bestätigt sich der Ausspruch des Referenten der Expertenkommission, dass bei Geschäften gemischter Art, gemischten Geschäften oder gemischten Verträgen der einzelne Fall die Lösung bringen müsse, und, dass es schwierig wäre, gerade für diese eine besondere gesetzliche Regelung aufzustellen.

Die dabei gefundene verhältnismässig sehr wenig einfache Art und Weise, wie sich im einzelnen Falle die Lösung ergibt, ist jedoch bedeutend viel einfacher, wenn es sich darum handelt, nur den einzelnen Fall zu entscheiden. Die Interessenlage der Einzelnen, die Natur der Geschäfte und die vorliegenden Umstände, sowie die Bedeutung der vorhandenen Vertrags- und Gesetzesbestimmungen treten dann viel eindrucklicher in Erscheinung, als dies bei Betrachtung der Rechtsverhältnisse im allgemeinen dargestellt werden kann.

Wohl werden häufig die Entscheide der einzelnen Fälle bei Geschäften nach mehr formalen Gesichtspunkten begründet oder wenigstens nach solchen die Schlüsse aus diesen gezogen. Die dabei anzustellenden Ueberlegungen sind oft viel einfacher als wenn alle vorliegenden Verhältnisse den Ueberlegungen voll zu Grunde gelegt werden. Stets ist aber zu untersuchen, ob nicht nur die Begründungen oder die Schlüsse daraus formal, die Entscheide selber jedoch nicht formal, sondern in vollster Anpassung an die vorliegenden Verhältnisse, in bester Abwägung der vorliegenden Umstände gefällt wurden, wobei nur die formal aufgestellten Begründungen mit den wirklich ausschlaggebenden in zufälliger oder gewollter Uebereinstimmung stehen. Meist wird ja für die Entscheide sehr wichtig sein, dass sie den vorliegenden Verhältnissen voll angepasst

sind, dass sie Entscheide nach Recht und Billigkeit darstellen; davon hängt sehr das Ansehen der Gerichte ab.

Bei der Betrachtung dieser Rechtsverhältnisse ist, wie dargestellt, nicht die Mischung, sondern die Besonderheit der Verhältnisse eigentlich ausschlaggebend. Für die Rechtsverhältnisse im einzelnen Falle sind die Verhältnisse bei Geschäften gemischter Art nicht so sehr gemischte Verhältnisse als eben besondere Verhältnisse. Wenn daher auf die Auslegung und Ergänzung der Verträge und des Gesetzes besonders eingegangen werden musste, so ist dies eine Folge gerade dieser Eigenart der gemischten Verhältnisse als besondere Verhältnisse. Oft ergeben sich für solche besondere Verhältnisse weder aus den Verträgen noch aus dem Gesetze feste Entscheidungsgrundlagen, obschon es sich um gemischte Verhältnisse handelt. Die Notwendigkeit sorgfältigen Auseinanderhaltens der vertraglichen und der gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse, um jeder nach ihrer Zweckbestimmung ihr angestammtes Gebiet zu belassen, ergibt sich ohne weiteres durch die Beachtung der mit diesen verfolgten Zwecken, wenn die Verträge und das Gesetz auszulegen und zu ergänzen sind. Nach den mit der vertraglichen und gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse verfolgten Zwecken ergibt sich dann nach dem Ausspruche des Referenten der Expertenkommission «welches Element vorgehe und wie gegebenenfalls die verschiedenen Elemente getrennt werden können».

Im einzelnen wird die angeführte Feststellung, dass bei Geschäften gemischter Art der einzelne Fall die Lösung bringen müsse, noch dadurch unterstrichen, dass dann, wenn die Geschäfte gemischter Art aus mehreren einzelnen und verschiedenartigen Leistungen bestehen, gerade die Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen oft nicht von vornherein feststeht und zudem oft sogar veränderlich ist. Die besondere Betrachtung der Zusammengehörigkeit der einzelnen Leistungen erlaubt bei Geschäften gemischter Art oft erst die Besonderheit der Verhältnisse ganz so zu erfassen, dass die Ermittlung des Inhaltes der Verträge und die Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmungen nicht die Schwierigkeiten

bieten, die bei Mischung aus der Zusammengesetztheit der Verhältnisse erwartet werden könnten.

Aus den angeführten Erwägungen ergibt sich, dass die Expertenkommission einer Anregung, besondere Bestimmungen über solche Geschäfte gemischter Art, gemischte Geschäfte, oder Verträge gemischter Art, gemischte Verträge, in das Gesetz aufzunehmen mit Grund nicht entsprechen konnte. Es wäre wohl nicht gut möglich, allgemein lautende Bestimmungen aufzustellen, die den Besonderheiten eben dieser sehr zusammengesetzten gemischten Verhältnisse auch nur einigermaßen angemessen wären. Besondere Regelungen nur einzelner gemischter Verhältnisse würden aber auch nur Regelungen neuer besonderer Verhältnisse darstellen und die ohnehin schon grosse Zahl der besonderen Regelungen besonderer Verhältnisse nur erhöhen, ohne dass dies wohl notwendig ist. Auch würden dabei andere gemischte Verhältnisse, die ebenso sehr oder ebenso wenig besonderer Regelung bedürften, keine besondere Regelung erhalten.

Aber eine Bestimmung, die aufgenommen werden könnte und durch welche festgelegt würde, dass gemischte Verhältnisse als besondere Verhältnisse zu behandeln seien, wäre eine allgemeine Verweisung auf die Regelungen besonderer Verhältnisse mit einem Hinweis auf nur sinngemässe Anwendung dieser auf die gemischten Verhältnisse. Sie könnte etwa den Wortlaut haben: «Auf gemischte Vertragsverhältnisse finden die Bestimmungen für besondere Vertragsverhältnisse entsprechende Anwendung», wobei das «entsprechend» besonders zu beachten ist und nicht fehlen dürfte. Aber es erübrigt sich wohl, eine solche Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, weil deren Inhalt dem Gesetze ohnehin schon innewohnt und auch allzu selbstverständlich ist. Er ergibt sich auch in Ableitung von ZGB 1 Abs. 1 und Abs. 2. Durch eine solche Bestimmung würde jedoch ein für alle Mal festgelegt, dass gemischte Vertragsverhältnisse als besondere Vertragsverhältnisse zu behandeln seien, weil gemischte Verhältnisse auch nur besondere Verhältnisse sind.

Literaturverzeichnis.

- Oser-Schönenberger, Komm. zum OR, 1929—1935.
Becker, Komm. zum OR, 1913—1934.
Siegwart, Komm. zum OR, 1938.
Egger, Komm. zum ZGB, 1930.
Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 1936.
Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 1934.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechtes, 1924—1925.
Matti, Zivilprozessrecht, 1936.
Weiss, Die Berufung an das Bundesgericht, 1908.
Protokoll der Expertenkommission, 1908.



